

CES

COOPERATIVISMO E
ECONOMÍA SOCIAL

N.º 40 · CURSO 2017-2018 · VIGO (ESPAÑA) · ISSN 1130-2682

Universida_{de}Vigo

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL está incluída na base de datos ISOC do Consello Superior de Investigacións Científicas (CESIC), en DICE (Difusión e Calidade Editorial das revistas españolas de humanidades e ciencias sociais e xurídicas), e no repertorio LATINDEX. Asemesmo, a revista está indexada en DIALNET.



COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

EDITA

Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo
Andavira Editora

DESEÑO LOGOTIPO REVISTA

Antón Pulido Novoa

ADMINISTRACIÓN, DISTRIBUCIÓN E VENDAS

Andavira Editora
Praza de Mazarelos, 14
15703 Santiago de Compostela
info@andavira.com

<http://www.meubook.com/pg/profile/revistacooperativismo>

DIRECCIÓN DA REVISTA E INTERCAMBIOS

cooperativismo.economiasocial@uvigo.es
Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo
Campus As Lagoas - Marcosende s/n
36310 Vigo

© Universidade de Vigo / Andavira Editora

As opinións e feitos consignados en cada artigo son de exclusiva responsabilidade dos seus autores.
The opinions and facts stated in articles are the exclusive responsibility of their authors.

ISSN: 1130-2682

Depósito Legal: VG-97-1990

Impreso en España. Printed in Spain
Imprime: Tórculo Comunicación Gráfica, S. A.

PRESIDENCIA

ANXO TATO PLAZA (Universidade de Vigo)

DIRECCIÓN

JULIO COSTAS COMESAÑA (Universidade de Vigo)

DEOLINDA MEIRA (Instituto Politécnico do Porto/ISCAP)

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA (Universidade de A Coruña)

SECRETARÍA

PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (Universidade de Vigo)

TIAGO PIMENTA FERNANDES (ISCAP; Universidade Portucalense)

FRANCISCO TORRES PÉREZ (Universidade de Vigo)

CONSELLO CIENTÍFICO

Profa. Dra. ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ (Universidad de Murcia); Prof. Dr. MANUEL BOTANA AGRA (Universidad de Santiago de Compostela); Prof. Dr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA (Faculdade de Direito da Universidade do Porto) Prof. Dr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. EMANUELE CUSA (Università degli Studi di Milano-Bicocca); Profa. Dra. GEMMA FAJARDO GARCÍA (Universidad de Valencia); Prof. Dr. ENRIQUE GADEA SOLER (Universidad de Deusto); Prof. Dr. RAUL GUICHARD (Instituto Politécnico do Porto - ISCAP); Prof. Dr. Dr. h.c. JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADE (Universidad de Santiago de Compostela); Profa. Dra. MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO (Universidad Carlos III); Prof. Dr. RUI NAMORADO (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA (Universidad de Málaga); Prof. Dr. RUI PINTO DUARTE (Universidade Católica Portuguesa); Profa. Dra. ANA PITA GRANDAL (Universidade de Vigo); Profa. Dra. ELISABETE RAMOS (Universidade de Coimbra); Prof. Dr. JORGE DE SÁ (Universidade de Lisboa); Dña. ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS (Abogada); Prof. Dr. IAGO SANTOS (Universidade de Vigo); Prof. Dr. FÁBIO ULHOA COELHO (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil); Prof. Dr. LUIS VELASCO SAMPEDRO (Universidad de Valladolid); Prof. Dr. FRANCISCO VICENT CHULIÀ (Universidad de Valencia); Prof. Dr. INGO WOLFGANG SARLET (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil).

AVALIADORES

Doutor ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (soveralm@fd.uc.pt); Doutora CATARINA FRADE, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (cfrade@fe.uc.pt); Doutora DEOLINDA MEIRA, Instituto Politécnico do Porto/ISCAP (meira@iscap.ipp.pt); Doutor JOÃO ZENHA MARTINS, Universidade Nova de Lisboa (zenha.martins@gmail.com); Doutora MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto (mribeiro@porto.ucp.pt); Doutora MARIA ELISABETE RAMOS, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (mgramos@fe.uc.pt); Doutora NINA AGUIAR,

Instituto Politécnico de Bragança (naguiar@ipb.pt); Doutor PAULO ALVES DE VASCONCELOS, Professor Coordenador do Instituto Politécnico do Porto (pasv67@gmail.com); Doutor RAUL GUICHARD, Instituto Politécnico do Porto/ISCAP (raulguichard@yahoo.es); Doutora SUZANA TAVARES DA SILVA, Faculdade de Direito de Coimbra (stavares@fd.uc.pt); Profa. Dra. M.^a DEL MAR ANDREU MARTÍ, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena (maria.andreu@upct.es); Profa Dra. M.^a ISABEL GRIMALDOS GARCÍA, Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia (grimald@um.es); Profa. Dra. LINDA NAVARRO MATAMOROS, Profesora Contratada Doctora, Universidad de Murcia (linda.navarro@um.es); Profa. Dra. IRENE ESCUÍN IBAÑEZ, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Politécnica de Cartagena (irene.escuin@upct.es); Profa. Dra. ELENA SALGADO ANDRÉ, Profesora Invitada de Derecho Mercantil, Universidade de Vigo (elenasalgadoandre@hotmail.com); Profa. BELÉN GARCÍA ÁLVAREZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil, Universidad de Deusto (belen.garcia@deusto.es); Prof. Dr. ALBERTO ATXABAL RADA. (Profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Deusto) (alberto.atxabal@deusto.es); Profa. Dr. VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE. Profesora de Derecho Administrativo de Deusto (vegamaria.arnaez@deusto.es); Profa. Dra. MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid (mariajose.morillas@uc3m.es); Profa. Dra. GEMMA FAJARDO GARCÍA, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia (fajardo@uv.es); Prof. Dr. FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ, Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Deusto (javier.arrieta@deusto.es).

COLABORAN NESTE NÚMERO

IFIGENEIA DOUVITSA
MARIA ELISABETE RAMOS
MANUEL BOTANA AGRA
MARÍA ISABEL GRIMALDOS GARCÍA
RUI PINTO DUARTE
SINESIO NOVO FERNÁNDEZ
SARA LOUREDO CASADO
HELENA SALAZAR
ANA AMORIM
TIAGO PIMENTA FERNANDES
NUNO ALONSO PAIXÃO
MARIA JOSÉ CAPELO
PAULA TÁVORA VÍTOR
SUSANA AIRES DE SOUSA
PEDRO SÁ MACHADO
NINA AGUIAR
MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA
FERNANDA PAULA OLIVEIRA
DULCE LOPES
FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA
DEOLINDA MEIRA
CAROLINA CUNHA
JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES
ANDRÉ ALMEIDA MARTINS
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
ANA PAULA ROCHA
ANXO TATO PLAZA
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS
MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA
MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ
PAULO VASCONCELOS
CARLOTA QUINTÃO
ANA LUISA MARTINHO

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBXECTIVOS E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

Definición da revista: *CES* ocúpase do cooperativismo e das demais entidades da economía social dentro da Unión Europea, de América Latina e dos países lusófonos, se ben de xeito preferente en España e en Portugal.

O enfoque é prioritariamente xurídico, pero tamén está aberta a análises realizados dende outras ópticas, como a economía, a empresa e a socioloxía.

Os idiomas oficiais da revista son o galego, o portugués, o castelán e o inglés.

A revista está dirixida ós estudosos destas materias, tanto no eido académico coma no profesional.

Estrutura: A revista divídese nas catro partes seguintes: (I) Doutrina; (II) Xurisprudenza; (II.1) Comentarios; (II.2) Anotacións; (III) Crónica; (IV) Recensións.

Edición e periodicidade: A revista editase pola Universidade de Vigo e Andavira editora. Publícase anualmente nun único volumen ó longo do cuarto trimestre, polo que a súa información se estende ás novas producidas de maio dun ano a maio do ano seguinte. Por esta razón, xunto ao número de cada volume figuran os dous anos sobre os que informa cada volume de *CES*.

II.- NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

Contido orixinal: *CES* acepta só traballos de investigación orixinais e inéditos en español, inglés, portugués ou galego. De xeito excepcional tamén se aceptará publicar a primeira versión en galego, portugués ou castelán de traballos publicados orixinalmente en idiomas distintos dos citados. Os autores obríganse a respectar a normativa reguladora dos dereitos de propiedade intelectual

Data de recepción e aceptación de orixinais: Antes do 28 de febreiro de cada ano deberá notificarse á Dirección da revista (cooperativismo.economiasocial@uvigo.es) ou directamente a calquera dos membros da Secretaría, a intención de enviar un traballo xunto co título provisional. Excepto supostos moi excepcionais, non se admitirá a publicación no mesmo volume de varios traballos sobre materias que resulten moi próximas elaborados por un mesmo autor. Os traballos orixinais deberán ser presentados en cooperativismo.economiasocial@uvigo.es antes do 30 de xuño de cada ano. A aceptación comunicarase, como moi tarde, o 15 de setembro.

Sistema de arbitraje e avaliadores externos: Os traballos presentados a *CES* incluídos na Parte I e na Parte II.1 serán sometidos a avaliación confidencial de dous expertos alleos ó equipo editorial, seguindo criterios internacionais. A avaliación é cega, de xeito que os avaliadores non coñecen a identidade do autor, nin este a daqueles. Os avaliadores examinan a orixinalidade e o carácter inédito do traballo, a pertinencia do tema e a profundidade coa que se desenvolve, a metodoloxía utilizada, o grao de documentación utilizada e a actualidade bibliográfica, así como a claridade de estilo. O avaliador debe comunicar inmediatamente á equipa editorial a existencia dunha coincidencia substancial entre o traballo remitido para avaliación e outro publicado do que puidera ter coñecemento.

Se os avaliadores proponen modificacións na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial —unha vez informado o autor— o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. Se o traballo non fora aceptado, o orixinal será devolto ó autor xunto cos dictames emitidos polos avaliadores. A secretaría da revista comunicará aos autores, no prazo máis curto posible, e sempre antes do 31 de xullo, o rexeitamento dos orixinais remitidos. A ausencia de comunicación antes do 15 de setembro significa que o orixinal foi admitido e será publicado no volumen de *CES* do ano en curso. Os dereitos de edición e publicación, en calquera soporte, dos traballos aceptados e publicados correspóndenlle á Universidade de Vigo. As colaboracións en

CES son gratuitas, tanto no que atinxe ós traballos publicados como no relativo ó traballo dos avaliadores externos.

III. INSTRUCCIÓNS PARA OS AUTORES

Extensión dos traballos: Parte I (Doutrina), 30 páxinas como máximo e 20 como mínimo con notas incluídas; Parte II.1 (Comentarios de Xurisprudenza), 20 páxinas como máximo e 15 como mínimo; Parte II.2 (Anotacións de Xurisprudenza), 7 páxinas como máximo e 3 como mínimo; Parte III (Crónica), 10 páxinas como máximo e 7 como mínimo; Parte IV (Recensións), 5 páxinas como máximo e 3 como mínimo.

Resumes, sumarios e palabras clave: Os autores de traballos que deban ser incluídos nas partes I, II.1, e III de CES achegarán xunto co orixinal un resumo do mesmo cunha extensión máxima de 10 liñas, e un sumario ou índice dos epígrafes do traballo. Deberá achegarse a correspondente versión en inglés do resumo e do sumario, se non fora este o idioma do traballo. Xunto co orixinal do traballo tamén se incluírán tres palabras clave (no idioma do traballo e en inglés) que faciliten a súa inclusión en bases de datos. Tamén se deberá incluír o título dos traballos das Partes I, II e III en inglés.

Afiliación dos autores: Deberá informarse alomenos sobre a cualificación profesional do autor ou autora (Dr., Profesor, Avogado, Xuíz, etc.) e do nome da institución onde desenvolven o seu traballo o autor ou autores de cada artigo. Esta información deberá incluírse nunha nota ao pé co símbolo (*), que figurará despois do nome dos autores ao inicio de cada traballo. Deberase incluír tamén unha dirección postal ou de correo electrónico.

Normas técnicas para a presentación dos traballos: Sen prexuízo de que tamén se poidan presentar en papel, os traballos presentaranse necesariamente nun arquivo informático en Word ou equivalentedo no enderezo *cooperativismo.economiasocial@uwigo.es*, con suxección ás seguintes normas: -Tipo de letra: Times New Roman; - Tamaño: 12 (notas ao pé, 10); Folio DIN A4; Espazo entre liñas: 1,5 (notas ao pé espazo simple); Marxes: 3-3-3-3.

Elaboración das referencias bibliográficas: Nas Seccións I, II.1 e III as citas bibliográficas realízanse en nota a pé de páxina, e nas Seccións II.2 e IV as citas de bibliografía serán no texto. Deberanse utilizar obrigatoriamente as abreviaturas que figuran no índice da revista CES. O traballo terá un último epígrafe coa bibliografía, sentenzas e textos empregados, con mención ás abreviaturas e siglas de revistas, publicacións periódicas ou de textos legais que non aparezan no índice de CES.

As citas de obras monográficas faranse do seguinte xeito: Apelidos do Autor; Inicial do nome (en maiúscula); Título da obra (en cursiva), Lugar de publicación, Editorial, Ano, páxinas. (por exemplo: TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a súa incidencia nas cooperativas de ensino*, UCETAG, Pontevedra, 1999, páx. 11).

As citas de traballos publicados en revistas faranse do seguinte xeito: Apelidos do Autor sempre (en maiúscula) e Inicial do nome no seu caso, Título do traballo (entre comiñas), Abreviatura da revista se figura no Índice (se non figura no índice título completo en maiúscula), Volume, Número (se o houberse), Ano (entre parénteses), e a concreta páxina citada. Por exemplo: APARICIO MEIRA, D., “A relevancia do cooperador na gobernação das cooperativas”, CES 35 (2012-2013), páx. 27.

Unha vez efectuada a primeira cita dun traballo nunha revista, en citas sucesivas non é preciso reiterar o título do traballo e abonda con citar o membrete bibliográfico coa páxina citada.

Incumprimento das instrucións polos autores: Os orixinais que non se axusten a estas instrucións serán devoltos aos autores para que realicen as modificacións ou adicións que correspondan. Se non se efectúan no prazo sinalado non se publicará o traballo. De todos os xeitos, a Dirección resérvase a facultade de efectuar directamente as correccións oportunas para axustarse ás Instrucións cando en casos concretos considere prioritaria a publicación do traballo polo interese e valor do seu contido, á marxe dos defectos formais.

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJETIVOS E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

Âmbito: A revista *CES* aborda as cooperativas e outras entidades da economia social na União Europeia, nos países lusófonos e na América Latina, embora de preferência em Portugal e Espanha. A perspetiva é essencialmente jurídica, mas permitem-se abordagens realizadas a partir de outras óticas, como sejam a económica, a empresarial e a sociológica. A revista dirige-se aos investigadores destas matérias, quer no âmbito académico quer no profissional. As línguas oficiais da revista são o galego, o português, o castelhano e o inglês.

Estrutura: A revista divide-se em quatro secções: (I) Doutrina; (II) Jurisprudência: (II.1) Comentários e (II.2) Anotações; (III) Crónica; (IV) Recensões.

Edição e Periodicidade: A revista é editada pela *Universidade de Vigo*, pelo *Centro de Estudos Cooperativos* e pela *Andavira Editora*. Publica-se anualmente, num único volume, durante o quarto trimestre, pelo que o seu conteúdo abrange a atualidade produzida de maio a maio de dois anos consecutivos. Por este motivo, adstrito ao número de cada volume da *CES* figuram os dois anos sobre os quais o referido volume se debruça.

II. NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

Conteúdo original: A *CES* só aceita artigos de investigação originais e inéditos, em galego, português, castelhano ou inglês. Excepcionalmente, permite-se a publicação da tradução para galego, português ou castelhano de artigos publicados originalmente noutra língua distinto dos citados. Os autores obrigam-se a respeitar a legislação aplicável aos direitos de propriedade intelectual.

Prazos de receção e aceitação de artigos: Até 28 de fevereiro de cada ano, devem os interessados informar a Direção da revista, através do endereço *cooperativismo.economiasocial@uvigo.es* — ou diretamente qualquer dos membros do Secretariado —, da intenção de enviarem um artigo com indicação do respetivo título (salvo em casos excecionais, não se admite a publicação, no mesmo volume, de artigos sobre matérias semelhantes, elaborados pelo mesmo Autor). Os artigos originais deverão ser enviados até 30 de junho de cada ano. A aceitação comunicar-se-á até 15 de setembro.

Sistema de arbitragem e Avaliadores externos: Os artigos a incluir nas partes (I) e (II.1) serão submetidos a avaliação confidencial de dois especialistas externos ao corpo editorial, em conformidade com critérios internacionais. A avaliação será cega, de modo que os avaliadores desconheçam a identidade do autor e este a daqueles. Os avaliadores examinarão a originalidade e o carácter inédito do artigo, a pertinência do tema e a profundidade da análise do mesmo, a metodologia utilizada, a adequação e a atualidade da bibliografia, bem como a clareza de estilo. Os avaliadores devem comunicar, imediatamente, ao corpo editorial a constatação de uma coincidência substancial entre o trabalho submetido a avaliação e outro publicado de que tenham conhecimento.

Se os avaliadores propuserem alterações à redação do texto original, será da responsabilidade do corpo editorial — após comunicação ao Autor — o acompanhamento do processo de revisão do artigo. Se o artigo não for aceite, o original será devolvido ao Autor, juntamente com as alterações sugeridas pelos avaliadores. O Secretariado da *CES* comunicará aos Autores, até 31 de julho, a recusa dos originais recebidos. A ausência desta comunicação, até 15 de setembro, significará que o original foi admitido e que se publicará no volume da *CES* do ano corrente. Os direitos de edição e publicação, em qualquer suporte, dos artigos admitidos e publicados per-

tencerão à *Universidade de Vigo*. As colaborações na *CES* serão gratuitas, quer no que respeita aos artigos publicados quer quanto ao trabalho dos Avaliadores externos.

III. INSTRUÇÕES AOS AUTORES

Extensão dos artigos: (I) Doutrina – máximo de 30 e mínimo de 20 páginas, incluindo notas de rodapé; (II.1) Comentários de Jurisprudência – máximo de 20 e mínimo de 15 páginas; (II.2) Anotações de Jurisprudência – máximo de 7 e mínimo de 3 páginas; (III) Crónica – máximo de 10 e mínimo de 7 páginas; (IV) Recensões – máximo de 5 e mínimo de 3 páginas.

Resumos, sumários e palavras-chave: Os Autores dos artigos a incluir nas partes (I), (II.1) e (III) da *CES* deverão remeter, conjuntamente com o texto original, um resumo do mesmo com uma extensão máxima de 10 linhas, bem com o sumário ou índice dos itens do artigo. O resumo e o sumário deverão ser traduzidos em inglês, se este não for o idioma do artigo. Conjuntamente com o artigo os Autores deverão também indicar, pelo menos, três palavras-chave (no idioma do artigo e em inglês) que possibilitem, designadamente, a sua inclusão em bases de dados. Será necessário, ainda, incluir o título dos artigos das partes (I), (II) e (III) em inglês.

Afiliação dos Autores: Os Autores deverão indicar a sua qualificação e categoria profissionais (Doutor, Professor, Mestre, Advogado, Juiz, etc.), bem como o nome da instituição onde exercem atividade. Esta informação deverá ser fornecida em nota de rodapé com o símbolo (*) que figurará após o nome dos Autores no início de cada artigo. Deverão, igualmente, indicar os endereços postal e eletrónico.

Normas de apresentação dos artigos: Sem prejuízo de que também possam ser enviados em suporte de papel, os artigos enviar-se-ão necessariamente em suporte informático o endereço *cooperativismo.economiasocial@uvigo.es*, em formato «Word» ou equivalente, atendendo às seguintes normas: tipo de letra: Times New Roman; tamanho: 12 (notas de rodapé: 10); formato: DIN A4; espaçamento entre linhas: 1,5 (notas de rodapé: Simples); margens; 3-3-3-3.

Referências bibliográficas: As referências bibliográficas deverão ser inseridas em nota de rodapé nas secções (I), (II.1) e (III), e no próprio texto nas secções (II.2) e (IV).

Os Autores utilizarão, obrigatoriamente, as abreviaturas que figuram no Índice da *CES*. O artigo conterá um último item listando a bibliografia utilizada, mencionando as abreviaturas e siglas de revistas, publicações periódicas e textos legais utilizados.

A citação de monografias far-se-á do seguinte modo: apelido do Autor e inicial do nome (em maiúsculas), título da obra (em itálico), lugar de publicação, Editora, Ano, pág. (por exemplo: TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a sua incidencia nas cooperativas de ensino*, ECE-TAG, Pontevedra, 1999, pág. 11).

A citação de artigos publicados em revistas far-se-á do seguinte modo: apelidos do Autor (em maiúsculas) e inicial do nome, título do artigo (entre aspas baixas), abreviatura da revista se esta figurar no Índice da *CES* (caso não figure, coloca-se o título completo em maiúsculas), volume, número (se o tiver), ano (entre parêntesis), pág. inicial do artigo e entre parêntesis a página citada [por exemplo: APARÍCIO MEIRA, A., «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», *CES* 35 (2012-2013), pág. 9-35 (27)]. Feita a primeira citação de um artigo de uma revista, nas citações seguintes não será necessário repetir o título do artigo, sendo suficiente indicar a abreviatura bibliográfica com a página citada.

Incumprimento destas instruções pelos Autores: Os textos que não estejam em conformidade com estas instruções serão devolvidos aos Autores para que procedam às correspondentes alterações ou acrescentos. Não sendo cumprido o prazo definido não se publicará o artigo. No entanto, a Direção reserva-se o direito de proceder, ela mesma, às correções necessárias para adequar o artigo às instruções quando, em casos específicos, considere prioritária a publicação do artigo, dado o interesse e valia do seu conteúdo, relevando os defeitos formais.

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Definición de la revista: *CES* se ocupa del cooperativismo y de las demás entidades de la economía social dentro de la Unión Europea, de América Latina y de los países lusófonos, si bien de forma preferente en España y Portugal.

El enfoque es prioritariamente jurídico pero también está abierta a análisis realizados desde otras ópticas, como la economía, la empresa y la sociología.

Los idiomas oficiales de la revista son el gallego, el portugués, el castellano y el inglés.

La revista está dirigida a los estudiosos de estas materias, tanto en el ámbito académico como en el profesional.

Estructura: La revista se divide en las 4 partes siguientes: (I) Doctrina, (II) Jurisprudencia: (II.1) Comentarios y (II.2) Anotaciones; (III) Crónica; (IV) Recensiones.

Edición y Periodicidad: La revista es editada por la Universidad de Vigo y Andavira editora. Se publica anualmente en un único volumen a lo largo del cuarto trimestre, por lo que su información se extiende a las noticias producidas de mayo de un año a mayo del año siguiente. Por esta razón junto al número de cada volumen figuran los dos años sobre los que informa cada volumen de *CES*.

II. NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Contenido original: *CES* sólo acepta trabajos de investigación originales e inéditos en español, inglés, portugués o gallego. Excepcionalmente también se aceptará publicar la primera versión en gallego / portugués / castellano de trabajos publicados originalmente en idiomas distintos de los citados. Los autores se comprometen a respetar la normativa reguladora de los derechos de propiedad intelectual.

Fecha de recepción y aceptación de originales: Antes del 28 de febrero de cada año deberá notificarse a la Dirección de la revista (cooperativismo.economiasocial@uvigo.es), o directamente a cualquiera de los miembros de la Secretaría, la intención de enviar un trabajo con el título provisional. Salvo casos muy excepcionales, no se admitirá la publicación en un mismo volumen de varios trabajos sobre materias que resulten muy próximas, elaborados por un mismo autor. Los trabajos originales deberán ser presentados en (cooperativismo.economiasocial@uvigo.es) antes del 30 de junio de cada año. La aceptación se comunicará a más tardar el 15 de septiembre.

Sistema de arbitraje y evaluadores externos: Los trabajos presentados a *CES* incluidos en la Parte I y en la Parte II.1 serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al equipo editorial siguiendo criterios internacionales. La evaluación es ciega, de modo que los evaluadores no conocen la identidad del autor, ni éste la de aquellos. Los evaluadores examinan la originalidad y el carácter inédito del trabajo, la pertinencia del tema y la profundidad con la que se desarrolla, la metodología utilizada, el grado de documentación utilizada y la actualidad bibliográfica, así como la claridad de estilo. El evaluador debe comunicar inmediatamente al equipo editorial la existencia de una coincidencia sustancial entre el trabajo remitido para evaluación y otro publicado del que pudiera tener conocimiento.

En el caso de que los evaluadores propongan modificaciones en la redacción del original será responsabilidad del equipo editorial - una vez informado el autor- el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el caso de que el trabajo no sea aceptado, el original será devuelto al autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. La secretaría de la revista comunicará a los autores, en el plazo de tiempo más breve posible, y siempre antes del 31 de julio, el rechazo de los originales remitidos. La falta de comunicación antes del 15 de septiembre significa que el original ha sido admitido y se publicará en el volumen de *CES* del año en curso.

Los derechos de edición y publicación, en cualquier soporte, de los trabajos aceptados y publicados le corresponden a la Universidade de Vigo. Las colaboraciones en *CES* son gratuitas, tanto por lo que respecta a los trabajos publicados como a la labor de los Evaluadores Externos.

III. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Extensión de los trabajos: Parte I (Doctrina), 30 páginas como máximo y 20 como mínimo con notas incluidas; Parte II.1 (Comentarios de Jurisprudencia), 20 páginas como máximo y 15 como mínimo; Parte II.2 (Anotaciones de Jurisprudencia), 7 páginas como máximo y 3 como mínimo; Parte III (Crónica) 10 páginas como máximo y 7 como mínimo; Parte IV (Recensiones), 5 páginas como máximo y 3 como mínimo.

Resúmenes, sumarios y palabras clave: Los autores de trabajos para ser incluidos en las partes I, II.1 y III de *CES*, junto con el original del trabajo deberán remitir un resumen del mismo con una extensión máxima de 10 líneas, así como un sumario o índice de los epígrafes del trabajo. Deberá acompañarse la correspondiente versión en inglés del resumen y del sumario, si este no fuese el idioma del trabajo. Junto con el original del trabajo también deberán remitirse al menos tres palabras clave (en el idioma del trabajo y en inglés) que faciliten, por ejemplo, su inclusión en bases de datos.

Será preciso igualmente incluir el título de los trabajos de las Partes I, II y III en inglés.

Afiliación de los autores: Deberá proporcionarse al menos la cualificación profesional del autor o autora (Dr. Profesor, Abogado, Juez, etc.) y el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo. Esta información deberá encontrarse en una nota al pie con el símbolo (*) que figurará después del nombre de los autores al principio de cada trabajo. Se debe incluir también una dirección postal o de correo electrónico.

Normas técnicas para la presentación de los trabajos: Sin perjuicio de que también puedan presentarse en soporte papel, los trabajos se presentarán necesariamente en archivo informático en Word o equivalente en la dirección electrónica *cooperativismo.economiasocial@uvigo.es*, con sujeción a las siguientes normas: - Tipo de letra: Times New Roman; - Tamaño: 12 (notas a pie 10); - Folio DIN A4; - Interlineado: 1,5 (notas a pie simple); - Márgenes; 3-3-3-3.

Elaboración de las referencias bibliográficas: En las secciones I, II.1 y III las citas bibliográficas se realizarán en nota a pie de página, y en las Secciones II.2 y IV las citas serán en texto.

Se deberán utilizar necesariamente las abreviaturas que figuran en el índice de la revista *CES*. El trabajo tendrá un último epígrafe con la bibliografía, sentencias y textos utilizados, con mención a las abreviaturas y siglas de revistas, publicaciones periódicas o de textos legales que no aparecen en el índice de *CES*.

Las citas de obras monográficas se harán del siguiente modo: Apellidos del Autor, Inicial del nombre (en mayúscula), Título de la obra (en cursiva), Lugar de publicación, Editorial, Año, pág. (por ejemplo: TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a súa incidencia nas cooperativas de ensino*, UCETAG, Pontevedra, 1999, pág. 11).

Las citas de trabajos publicados en revistas se harán del siguiente modo: Apellidos del Autor siempre (en mayúscula) e Inicial del nombre en su caso, Título del trabajo (entre comillas), Abreviatura de la revista si figura en el índice de *CES* (si no figura en el índice el título completo en cursiva), Volumen, Número (si lo hubiere), Año (entre paréntesis), y página citada. Por ejemplo: APARÍCIO MEIRA, D., «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», *CES* 35 (2012-2013), pág. 27. Una vez efectuada la primera cita de un trabajo en una revista, en citas sucesivas no es preciso reiterar el título del trabajo y basta citar el membrete bibliográfico con la página citada.

Incumplimiento de las instrucciones por los autores: Los originales que no se ajusten a estas instrucciones serán devueltos a los autores para que realicen las correspondientes modificaciones o adiciones. De no efectuarse en el plazo señalado no se publicará el trabajo. De cualquier forma, la Dirección se reserva la facultad de efectuar directamente las correcciones oportunas para ajustarse a las Instrucciones cuando en casos concretos considere prioritaria la publicación del trabajo por el interés y valor de su contenido al margen de los defectos formales.

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL (CES)

I. OBJECTIVES AND MAIN CHARACTERISTICS

Journal description: *CES* deals with cooperativism and other entities of social economy within the European Union, the Latin American countries, and Portuguese speaking countries, with particular emphasis on Spain and Portugal.

The focus is primarily legal, but it is also open to analysis under other scientific perspectives, such as economy and sociology.

The official languages of this journal are Spanish, English, Galician and Portuguese.

This journal is addressed to scholars and specialists in these subject matters, both in the academic and the professional field.

Structure: The journal is divided into the following 4 sections: (I) Doctrine; (II) Case law and decisions: (II.1) Comments and (II.2) Annotations; (III) Chronicles; and (IV) Review.

Publication and frequency: This journal is published by the Universidad de Vigo and Andavira editions. It appears annually in a single volume along the fourth quarter of the year; for that reason the information contained extends to the latest news from the month of May of the previous year to the same month of the next one. Accordingly next to the title of each volume of *CES* both years appear.

II. ORIGINAL SUBMISSION

Original contest: *CES* will only accept original and unpublished research works written in Spanish, English, Portuguese or Galician. Extraordinarily, works for the first time published in Spanish, Portuguese or Galician, that have originally been published in a different language of the above mentioned, may as well be accepted. The authors undertake to respect the intellectual property rights laws.

Deadline and acceptance of the originals: Notification indicating the purpose to submit an article must be sent directly to the editor (*cooperativismo.economiasocial@uvigo.es*) or to any member of the journal 's secretary before February, 28th of every year. A provisional title should be included within the notification. Banning exceptional circumstances, multiple works by the same author on closely related subject matters will not be accepted for publication in a given volume. Original articles must be sent to the editor (*cooperativismo.economiasocial@uvigo.es*) no further than June, 30th of the current year. Authors will be informed whether their article has been accepted for publication no later than September 15th.

Assessment system and external assessors (Instructions for assessors): The works included in Part I and Part II.1 submitted to *CES* will undergo a confidential review by two experts who are not members of the editorial team, in accordance with the international criteria. This procedure is blind and the assessors will not know the identity of the author, neither the author the identity of the assessors. Assessors will take into consideration the originality and unpublished character of the article, the relevance of the chosen topic and its thorough treatment, the methodology used, the range of documentation handled and its validity, and the use of a clear style. Assessors must immediately notify to the editorial team the existence of substantial matches between the works submitted for assessment and others already published.

Whether the assessors propose modifications to the wording or phrasing of the original, it will be the editorial team's responsibility—after notification to the author—monitoring the rewriting procedure of the article. Whether the article will not be accepted for publication, it will be returned to the author together with the assessors' comments. The secretary of the journal will inform the authors at their earliest convenience, and always no later than July 31th about the rejection of an article.

When the authors do not hear from the editorial team before September 15th, it will indicate the acceptance of their article, which will be published in the volume of *ADJ* for that year.

Publishing rights in all formats of the accepted and published articles are held by the University of Vigo. No remuneration is offered to authors or external assessors for their collaboration with *CES*.

III. INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Articles length: Part I (Doctrine): minimum 20 and maximum 30 pages including footnotes; Part II.1 (Case law comments): minimum 15 and maximum 20 pages; Part II.2 (Case law annotations): minimum 3 and maximum 7 pages; Part III (Chronicle): minimum 7 and maximum 10 pages; Part IV (Reviews): minimum 3 and maximum 5 pages.

Abstract, key words and summary: Authors submitting articles for inclusion in parts I, II.1 and III of *CES*, should include an abstract in Spanish no longer than 10 lines, as well as a table of contents of the article. An English version of the abstract and the table of contents should be also provided, if that were not the language of the work submitted, and at least three key words (in English and in the language of the article) in order to facilitate their inclusion on databases.

It will also be necessary to submit an English title for parts I, II and III.

Author's affiliation: Authors must indicate their professional status (Dr. Iur., Professor, Lawyer, Judge, etc.) and the name of the institution or organization they belong to. This information should be indicated in a footnote with the (*) symbol, and will be stated after the authors' name at the beginning of each article. A postal e-mail address must also be provided.

Technical instructions for the submission of articles: Notwithstanding submissions in paper format could be accepted, all articles must be necessarily submitted in an electronic file, in Word or equivalent format and complying with the following requirements: -Font: Times New Roman; -Size: 12 (footnotes, 10); -Sheets DIN A4; -Space 1.5 (single in the case of footnotes); -Margins: 3-3-3-3.

Bibliographical references: Abbreviations listed in the *CES* index are of mandatory use. The work will have a last section on bibliography, case law and materials used, with reference to journal abbreviations and initials, periodical publications or legal texts that are not included in the *CES* index. References to monographs should be made as follows: Author's surname(s) and Initial of the author's first name (in caps), Title of the work (in italics), Place of publication, Publisher, Year, page (i.e. TATO PLAZA, A., *A Lei de Cooperativas e a súa incidencia nas cooperativas de ensino*, UCETAG, Pontevedra, 1999, pág. 11).

References to works published in journals should be made as follows: Author's surname(s); Initial of the author's first name (in caps); Title of the work (in single inverted commas); Journal abbreviation if listed in the *CES* index (if not, the full title must be given in caps); Volume and issue N°. (where appropriate); Year (in brackets); and the specific page quoted [i.e. APARICIO MEIRA, D., «A relevancia do cooperador na gobernança das cooperativas», *CES* 35 (2012-2013), pág. 27]. Once a first reference has been made to an article in a journal, it will not be necessary to repeat the title of the article for consecutive references, and it will be enough to include the bibliographical letterhead with the page referred.

Failure to comply with these instructions: Original articles submitted that fail to comply with these instructions shall be returned to their authors for the corresponding modifications or additions. If these are not made within the specified time period the article will not be published. In all cases, the Editors reserve the right to make the corresponding corrections in order to ensure compliance with these instructions in those specific cases where the publication of the article would be considered to be a priority due to the interest or the value of its contents, regardless of any formal defects.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

1. ABREVIATURAS DE TEXTOS LEGALES

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CCom	Código Comercial Portugués
CCoop	Código Cooperativo Portugués
C. de co.	Código de Comercio español
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código Portugués das Sociedades Comerciais
CCiv	Código Civil Portugués
CPC	Código del Proceso Civil Portugués
CRCom	Código do Registo Comercial Portugués
CPen	Código Penal Portugués
DSR	Direito das Sociedades em Revista
ET	Estatuto de los Trabajadores
LC	Ley de Cooperativas
LCAR	Ley de Cooperativas de Aragón
LCCAN	Ley de Cooperativas de Cantabria
LCCAT	Ley de Cooperativas de Cataluña
LCCrCAT	Ley de regulación del funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Cooperativas de Cataluña
LCCMadrid	Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid
LCCLM	Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha
LCCyL	Ley de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León
LCCV	Ley de cooperativas de la Comunidad Valenciana
LCCrCV	Ley que regula las Cooperativas de Crédito de la Comunidad Valenciana
LCIB	Ley de cooperativas de Baleares
LCG	Ley de Cooperativas de Galicia
LCCrEX	Ley de Crédito Cooperativo de Extremadura
LCCr	Ley Cooperativas de Crédito
LCLR	Ley de Cooperativas de La Rioja
LCONC	Ley Concursal
LCPA	Ley de Cooperativas de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias
LCPV	Ley de Cooperativas del País Vasco
LCPPV	Ley de la Sociedad Cooperativa Pequeña del País Vasco
LCRM	Ley de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia
LCS	Ley de Contrato de Seguro

LCVFL	Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras
LECv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LES	Ley Economía Social
LFCN	Ley Foral de Cooperativas de Navarra
LITSASCE	Ley de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas
LGC 1974	Ley General de Cooperativas
LGC 1987	Ley General de Cooperativas
LMESM	Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LME	Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LOI	Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LRFC	Ley sobre el Régimen Fiscal de las Cooperativas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSCA	Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas
LSCEX	Ley de Sociedades de Cooperativas de Extremadura
LSCEEX	Ley de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura
RESCE	Reglamento CE por el que se regula el Estatuto jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea
RLSCA	Reglamento de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2. OTRAS ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ACI	Alianza Cooperativa Internacional
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial
AEC	Anuario de Estudios Cooperativos
AECA	Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas
AL	Actualidad Laboral
al.	Alínea
Art./art.	Artigo/Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
Cap.	Capítulo
CC.AA	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CES	Cooperativismo e Economía Social
CINIIF	Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera
CIRIEC	Centro Internacional de Investigación e Información de la Economía Social y Cooperativa
cit.	citado
cfr.	Confróntese
Coord.	Coordinador
CTA	Cooperativa de Trabajo Asociado
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariado
Dir.	Diretor/Director
Disp. adic.	Disposición adicional
Disp. derog.	Disposición derogatoria/Disposición derogatoria
Disp. final	Disposición final
Disp. transit.	Disposición transitoria
DN	Derecho de los Negocios
Dec.-Lei / DL	Decreto-Lei da República Portuguesa
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOUE L	Diario Oficial de la Unión Europea Legislación
DOUE C	Diario Oficial de la Unión Europea Comunicaciones
DR	Diário da República Portuguesa
E. de M.	Exposición de Motivos
edic.	edición
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
FRO	Fondo de Reserva Obligatorio
FRV	Fondo de Reserva Voluntario
IAS	International Accounting Standard
IASB	International Accounting Standards Boards
IASC	International Accounting Standards Committee
ibid.	<i>ibidem</i>
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
id.	<i>idem</i>
L.	Lei
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera

núm.	número
op.cit.	obra citada
p.	página/página
p. ex.	por ejemplo
pp.	páginas/páginas
PEME	Pequeña e Mediana Empresa
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
REVESCO	Revista de Estudios Cooperativos
RGD	Revista General de Derecho
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas (Portugal)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
ROC	Revisor Oficial de Contas (Portugal)
S.A.	Sociedad Anónima
SQ	Sociedade por cotas (Portugal)
S.A.T.	Sociedad Agraria de Transformación
S.R.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
Tít.	Título
últ.	última
v.	vide
v. gr.	verbi gratia
vid.	véase
Vol.	Volumen

CES

COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

ÍNDICE

I DOCTRINA

IFIGENEIA DOUVITSA, The new law on energy communities in Greece 31-58

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE COOPERATIVE LEGAL FRAMEWORK IN GREECE. 2.1. The ar. 12.4 of the Greek Constitution. 2.2. The ordinary cooperative laws. 2.3. The enactment of a new law - L. 4513/2018 on energy communities (EC). 3. CONTENT OF THE LAW. 4. ANALYSIS. 4.1. The necessity of introducing a new law on energy cooperatives. 4.2. Positive elements of the new law. 4.2.1. Reduction of the minimum number of members. 4.2.2. The participation of local authorities as members at an EC. 4.2.3. Other provisions. 4.3. Provisions under question. 4.3.1. The term EC. 4.3.2. The goals and activities of the EC. 4.3.3. Membership requirement. 4.3.4. The distribution of surplus. 4.3.5. Distribution of the remaining funds after dissolution/liquidation. 5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.

MARIA ELISABETE RAMOS, As cooperativas e os regimes do beneficiário efetivo. 59-85

SUMÁRIO: 1. COOPERATIVAS E PREVENÇÃO DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS. 1.1. A Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho. 1.2. Reações legais ao branqueamento de capitais através de "corporate vehicles". 2. LEI 89/2017 E AS REGRAS QUE NÃO ALTERADAS. 2.1. Identificação do cooperador e de membro investidor no ato de constituição da cooperativa. 2.2. Regras relativas ao cumprimento da obrigação de entrada em dinheiro e de outras contribuições que não integram o capital social. 3. SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELA LEI 89/2017. 4. DUALIDADE DE REGISTOS DO BENEFICIÁRIO EFETIVO - O REGISTO INTERNO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO. 4.1. Critérios para a determinação do beneficiário efetivo. 4.2. Criação e organização do registo interno do beneficiário efetivo. 4.3. As novas obrigações declarativas de membros da cooperativa. 5. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DECLARAÇÕES INEXACTAS OU DEFICIENTES. 6. DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO PERMANENTE DO REGISTO INTERNO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO. 7. DO REGISTO CENTRAL DO BENEFICIÁRIO EFETIVO - PUBLICIDADE E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 8. DO INCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DA OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO A CARGO DO MEMBRO DA COOPERATIVA - ALGUMAS INTERROGAÇÕES JURÍDICAS. 9. SANÇÕES APLICÁVEIS À COOPERATIVA. 10. A DIRETIVA (UE) 2018/843 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 30 DE MAIO DE 2018. 11. QUESTÕES RELATIVAS À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 89/2017. 12. CONCLUSÃO. 13. BIBLIOGRAFIA E OUTRAS FONTES.

MANUEL BOTANA AGRA, Notas sobre los códigos de buen gobierno corporativo en el ámbito de las sociedades cooperativas 87-104

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. IDENTIDAD COOPERATIVA Y GOBIERNO CORPORATIVO. 3. CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO Y SOCIEDADES COOPERATIVAS. 3.1. Preliminar. 3.2. Gobierno corporativo y Cooperativas. 3.3. La implantación de Códigos de Buen Gobierno Corporativo. 3.4. Códigos de Buen Gobierno Corporativos comunes o específicos para las Sociedades Cooperativas. 4. CONCLUSIÓN. 5. SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA.

MARÍA ÍSABEL GRIMALDOS GARCÍA, La nueva regulación del órgano de administración de las sociedades laborales. En especial, sobre sus deberes de conducta 105-131

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES. 3. LAS COMPETENCIAS DE GESTIÓN Y REPRESENTACIÓN 4. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES. 5. LOS DEBERES DE CONDUCTA EXIGIBLES A LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN EL EJERCICIO DE SU CARGO. 5.1. Introducción. 5.2. El interés social de la sociedad laboral y su incidencia en la conducta requerida a los administradores. 5.2.1. Los principios orientadores de la actuación del órgano de administración. La RSC. 5.2.2. Las consecuencias inmediatas del nuevo patrón de comportamiento. 5.2.3. Las políticas de RSC que deben promover los administradores de las sociedades laborales. 5.3. Diligencia y lealtad.

II XURISPRUDENZA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENZA

RUI PINTO DUARTE, Comentário o acórdão da Relação de Guimarães de 23.11.2017 sobre um litígio relativo a baldio(s)	135-150
--	---------

SUMÁRIO: 1. OS PROBLEMAS SUSCITADOS PELO CASO; 2. OS FACTOS PRINCIPAIS; 3. O PEDIDO PRINCIPAL E A CONTESTAÇÃO DO MESMO; 4. AS DECISÕES; 5. A LEI APLICADA, A LEI VIGENTE E ALGUMAS DAS QUE AS PRECEDERAM; 6. NOÇÕES BÁSICAS; 7. OS BALDIOS COMO COISAS; 8. OS BALDIOS COMO SUJEITOS JURÍDICOS; 9. ESTRUTURA ORGÂNICA DOS BALDIOS; 10. FUSÃO DE BALDIOS; 11. CISÃO DE BALDIOS; 12. A NOÇÃO DE BALDIO; 13. EM JEITO DE CONCLUSÃO. 14. BIBLIOGRAFIA.

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, Aportaciones sociales en las cooperativas de viviendas. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 1ª) núm. 429/2017 de 14 de septiembre	151-165
---	---------

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 1.1. Sentencia de primera instancia. 1.2. Sentencia de apelación. 2. LA FINANCIACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS. 2.1. Clasificación de las fuentes de financiación. 2.2. Capital social. 2.2.1. Concepto y función de financiación. 2.2.2. Aportaciones sociales. A) Clasificación. B) Aportación obligatoria inicial. C) Aportación obligatoria sucesiva. D) Aportaciones voluntarias. E) Reembolso de aportaciones. 2.3. Fondos propios. 2.3.1. Obligatorios. 2.3.2. Voluntarios. 2.4. Financiación ajena. 3. CONSIDERACIONES FINALES. 3.1. Contrato de préstamo. 3.2. Aportaciones de los socios.

SARA LOUREDO CASADO, Prescripción de ciertas acciones cooperativas y devolución de cantidades a la sociedad por pérdidas (comentario a la SAP Jaén 621/2017 de 31 de octubre)	167-179
---	---------

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS COOPERATIVAS AGRARIAS DE SEGUNDO GRADO. 3. LA VALORACIÓN DE LAS APORTACIONES DE LOS SOCIOS A LA ACTIVIDAD COOPERATIVIZADA. 4. LA DISCUTIDA MERCANTILIDAD DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y SU INCIDENCIA EN EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES. 4.1. La resolución de primera instancia. 4.2. La naturaleza jurídica de las cooperativas y su diferenciación de las sociedades mercantiles. 4.3. La respuesta de la Audiencia Provincial. 5. LA CONSIDERACIÓN DE LA REALIDAD DE LA COOPERATIVA. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

II.2.1. ANOTACIONES XURISPRUDENZA (PORTUGAL)

HELENA SALAZAR, A isenção de pagamento de custas processuais pelas pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de março de 2017	183-191
--	---------

ANA AMORIM E TIAGO PIMENTA FERNANDES, O direito ao reembolso de títulos de investimento do cooperador excluído. Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 2017 (proc. n.º 580-14.3TVL.SB.L2-8)	193-199
---	---------

NUNO ALONSO PAIXÃO, Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido em 12 de dezembro de 2017. Responsabilidade tributária subsidiária de dirigentes de associações	201-212
---	---------

MARIA JOSÉ CAPELO E PAULA TÁVORA VÍTOR, A impenhorabilidade relativa de um crédito afeto a fins de utilidade pública. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/02/2017	213-219
--	---------

SUSANA AIRES DE SOUSA E PEDRO SÁ MACHADO, Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 3 de julho de 2017. Isenção de custas de pessoa coletiva privada sem fins lucrativos por requerimento de abertura de instrução.	221-228
---	---------

NINA AGUIAR, Distinção entre atividades principais e secundárias e sua relevância em sede de imposto patrimonial nas entidades sem fins lucrativos. Comentário à sentença do Supremo Tribunal Administrativo, Segunda Secção, de 22 de fevereiro de 2017, processo n.º 1658/15	229-235
--	---------

MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA, A aplicação do princípio da especialidade do fim às organizações sem personalidade jurídica. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Novembro de 2017	237-242
FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, Baldios, regime florestal parcial e casa de guarda: de quem é, afinal, a casa? Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de novembro de 2011, proferido no âmbito do processo 512/13.6TBMNC.G1	243-253
FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, Anotação ao acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto, em 21 de fevereiro de 2018 (processo n.º 6925/17.7T8VNG.P1)	255-260
DEOLINDA MEIRA, Especificidades do direito de demissão nas cooperativas de habitação. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de novembro de 2017	261-267
CAROLINA CUNHA, Vencimento do direito do cooperador ao retorno. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 09.05.2017.	269-280
JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, Algumas linhas de fronteira entre o contrato a favor de terceiro e os pactos sucessórios no quadro das associações mutualistas. Anotação ao acórdão do STJ, de 10.01.2017, proc. n.º 2303/12.2YXLSB-B. L1.S1, 6.ª secção	281-293
ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, Doações efetuadas pela administração conjunta de uma área urbana de génese ilegal. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de novembro de 2017	295-303
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, Anotação ao ac. TRE de 9.2.2017 (proc. 34/12.1T2STC-A.E1). Sobre o <i>wishful thinking</i> e a lei.	305-311
ANA PAULA ROCHA, Anotação ao acórdão n.º 2/2017 da 2.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em julgamento ampliado a 22 de fevereiro de 2017 (processo n.º 1658/15)	313-323
II.2.2. ANOTACIONES XURISPRUDENZA (ESPAÑA)	
ANXO TATO PLAZA, De novo sobre a condición de promotor nas cooperativas de vivenda (anotación á sentenza da Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de xaneiro de 2018)	327-335
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, nº 102/2017 de 3 de marzo, sobre la expulsión de un socio de una cooperativa, por operaciones de competencia paralela, en el sector del taxi	337-343
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Natureza xurídica dos requisitos obxectivos e formais para adquirir a condición de socio nunha cooperativa segundo o dl 1/1992 do 10 de febreiro polo que se aproba o texto refundido da Lei de Cooperativas en Cataluña. Comentario á sentenza nº 36 do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 24 de xullo do 2017	345-351

III CRÓNICA

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, Las microempresas cooperativas y las cooperativas rurales de Castilla-La Mancha.	355-363
SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. LA MICROEMPRESA COOPERATIVA 3. LA COOPERATIVA RURAL.	
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, La modificación de la Ley de Cooperativas de Crédito a través del Real Decreto-Ley 11/2007, de medidas urgentes en materia financiera	365-371
SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COOPERATIVAS DE CRÉDITO. 3. OTRAS CUESTIONES DEL REAL DECRETO-LEY 11/2017 QUE AFECTAN A LAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO.	
MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ, La estrategia española de economía social 2017-2020	373-383
SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CONTENIDO. 2.1. Presentación. 2.2. Estructura del nuevo documento. 2.3. Ejes de actuación. 3. IMPLANTACIÓN DE LA ESTRATEGIA. 4. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN. 5. ANEXOS. 6. VALORACIÓN.	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ, Una nueva reforma de las secciones de crédito de las cooperativas en la Comunidad Autónoma de Cataluña.	385-395
SUMARIO: 1. UNA NECESARIA REMISIÓN AL CONTEXTO. 2. ESTRUCTURA Y ALCANCE DE LA NORMA. 3. CONTENIDO DE LA NUEVA REGULACIÓN: LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS. 3.1. Disposiciones generales. 3.2. Regulación económica y financiera. 3.3. Contabilidad, auditoría, inspección y régimen sancionador. 3.4. El Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito. 3.5. Disposiciones complementarias. 4. VALORACIÓN FINAL.	
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ, Anotación á Lei 5/2017, de 19 de outubro, de fomento da implantación de iniciativas empresariais en Galicia.	397-402
PAULO VASCONCELOS, A “Cooperativa na Hora”.	403-409
CARLOTA QUINTÃO Y ANA LUISA MARTINHO, Crónicas da Iniciativa Portugal Inovação Social. Aprofundamento crítico do debate a propósito do Fundo de Inovação Social	411-423
SUMÁRIO: 1. QUESTIONAMENTOS EM TORNO DO PARADIGMA DO EMPREENDEDORISMO E INOVAÇÃO SOCIAL. 2. A EMERGÊNCIA DO PARADIGMA DA INOVAÇÃO SOCIAL E A SUA AFIRMAÇÃO COMO PRIORIDADE DE POLÍTICA PÚBLICA. 3. A CONFIGURAÇÃO DA INOVAÇÃO SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA EM PORTUGAL. 4. O DECRETO-LEI N.º 28/2018 DE 3 DE MAIO – AUTONOMIZAÇÃO DO FUNDO DE INOVAÇÃO SOCIAL. 5. PARA LÁ DO INVESTIMENTO SOCIAL: NOVOS CAMINHOS DE INOVAÇÃO E SUSTENTAÇÃO DA ECONOMIA SOCIAL E SOLIDÁRIA. 6. BIBLIOGRAFIA. 7. LEGISLAÇÃO.	

IV RECENSIÓNS

INDEX

I DOCTRINE

IFIGENEIA DOUVITSA, The new law on energy communities in Greece 31-58

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE COOPERATIVE LEGAL FRAMEWORK IN GREECE. 2.1. The art. 12.4 of the Greek Constitution. 2.2. The ordinary cooperative laws. 2.3. The enactment of a new law-L. 4513/2018 on energy communities (EC). 3. CONTENT OF THE LAW. 4. ANALYSIS. 4.1. The necessity of introducing a new law on energy cooperatives. 4.2. Positive elements of the new law. 4.2.1. Reduction of the minimum number of members. 4.2.2. The participation of local authorities as members at an EC. 4.2.3. Other provisions. 4.3. Provisions under question. 4.3.1. The term EC. 4.3.2. The goals and activities of the EC. 4.3.3. Membership requirement. 4.3.4. The distribution of surplus. 4.3.5. Distribution of the remaining funds after dissolution/liquidation. 5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.

MARIA ELISABETE RAMOS, Cooperatives and the beneficial owner legal regimes 59-85

CONTENTS: 1. COOPERATIVES AND THE PREVENTION OF THE MONEY LAUNDERING. 1.1. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015. 1.2. Legal reactions to the money laundering through corporate vehicles. 2. LAW 89/2017 AND THE UNCHANGED RULES. 2.1. Nomination of the cooperative member at the cooperative incorporation act. 2.2. Rules on the cooperative member's contributions. 3. MAIN REFORMS INTRODUCED BY THE LAW 89/2017. 4. TWO BENEFICIAL OWNER REGISTERS – THE INTERNAL BENEFICIAL OWNER REGISTER. 4.1. Criteria to determine the beneficial owner. 4.2. Creation and management of the internal beneficial owner register. 4.3. The cooperative members' communication obligations. 5. LIABILITY ARISING FROM INCORRECT INFORMATION. 6. COMPLIANCE WITH THE OBLIGATION TO UPDATE THE INTERNAL BENEFICIAL OWNER REGISTER. 7. BENEFICIAL OWNER CENTRAL REGISTER – PUBLICITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS RESTRICTIONS. 8. UNJUSTIFIED BREACH OF THE COOPERATIVE MEMBERS' OBLIGATIONS – SOME LEGAL ISSUES. 9. SANCTIONS APPLICABLE TO THE COOPERATIVE. 10. DIRECTIVE (EU) 2018/843 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 30 MAY 2018. 11. SOME LEGAL ISSUES RELATED TO THE LAW 89/2017 ENTERING INTO FORCE. 12. CONCLUSION. 13. BIBLIOGRAPHY AND OTHER RESOURCES.

MANUEL BOTANA AGRA, Notes on the good corporate governance codes in the field of cooperative societies 87-104

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. COOPERATIVE IDENTITY AND CORPORATE GOVERNANCE. 3. GOOD CORPORATE GOVERNANCE CODES AND COOPERATIVE SOCIETIES. 3.1. Introduction. 3.2. Corporate Government and Cooperatives. 3.3. The implementation of Good Corporate Governance Codes. 3.4. Good Corporate Governance Codes common or specific for Cooperative Societies. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.

MARÍA ISABEL GRIMALDOS GARCÍA, New regulation for board of administrators in the law of labor companies. In special, about their duties of conduct. 105-131

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE PROCEDURE OF PROPORTIONAL REPRESENTATION IN THE ELECTION OF MEMBERS OF BOARD OF ADMINISTRATORS IN LABOR COMPANIES. 3. THE COMPETENCIES OF MANAGEMENT AND REPRESENTATION. 4. DELEGATION OF POWERS AND FACILITIES. 5. ENFORCEABLE DUTIES OF CONDUCT. 5.1. Introduction. 5.2. The social interest of labor society and its impact on the required behaviour. 5.2.1. The guiding principles for the action of the Board of Directors. The CSR. 5.2.2. The immediate consequences of the new pater of behavior. 5.2.3. The policies of CSR that the administrator of the labor companies should promote. 5.3. Diligence and loyalty to the company.

II CASE LAW

II.1. COMMENTS

RUI PINTO DUARTE, Commentary on a decision of the Court of Appeal of Guimarães concerning a dispute about common land (*baldio*) 135-150

CONTENTS: 1. THE PROBLEMS RAISED BY THE CASE; 2. THE MAIN FACTS; 3. THE PRINCIPAL REQUEST AND THE DEFENCE AGAINST IT; 4. THE DECISIONS OF THE COURTS; 5. THE LAW APPLIED, THE LAW CURRENTLY IN FORCE AND SOME OF THE LAWS THAT PRECEDED BOTH; 6. BASIC CONCEPTS; 7. COMMON LAND (BALDIOS) AS THINGS; 8. COMMON LAND (BALDIOS) AS LEGAL SUBJECTS; 9. ORGANIC STRUCTURE OF COMMON LAND (BALDIOS); 10. MERGER OF COMMON LAND (BALDIOS); 11. DEMERGER OF COMMON LAND (BALDIOS); 12. THE CONCEPT OF COMMON LAND (BALDIOS); 13. A KIND OF CONCLUSION. 14. BIBLIOGRAPHY.

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ, Social contributions in housing cooperatives. Commentary to the judgment of the Provincial Court of Pontevedra (Section 1 ^a) núm. 429/2017 of september 14.	151-165
CONTENTS: 1. BACKGROUND. 1.1 First instance judgment. 1.2. Appeal Court judgment. 2. FUNDING OF HOUSING COOPERATIVES. 2.1. Classification of funding sources 2.2.Share capital. 2.2.1. Concept and finance function. 2.2.2. Social contributions. A) Clasification. B) Compulsory initial contribution. C) Compulsory successive contribution. D) Voluntary contributions. 2.3. Internal resources. 2.3.1. Compulsory. 2.3.2. Voluntary. 2.4. External funding. 3. CONCLUDING REMARKS. 3.1. Loan agreement. 3.2. Social contributions.	
SARA LOUREDO CASADO, Limitation period of certain legal cooperative actions and reimbursement to the society because of economic losses (comment to the judgment of the Provincial Court of Jaen 621/2017 from 31 st October)	167-179
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. SECOND DEGREE AGRICULTURAL COOPERATIVES. 3. ECONOMIC VALUATION OF MEMBER'S SHARES TO THE COOPERATIVE ACTIVITY. 4. THE DISCUSSED MERCANTILE CHARACTER OF THE COOPERATIVE SOCIETIES AND ITS INCIDENCE IN THE LIMITATION PERIOD OF LEGAL ACTIONS. 4.1. The judgment of the first instance. 4.2. The legal nature of the cooperative societies and its difference with the mercantile societies. 4.3. The answer of the Provincial Court. 5. THE CONSIDERATION OF THE COOPERATIVE REALITY. 6. CONCLUSIONS. 7. BIBLIOGRAPHY.	
II.2.1. ANNOTATIONS (PORTUGAL)	
HELENA SALAZAR, The exemption of payment of procedural costs by non-profit private collective entities: annotation to the judgment of the Tribunal da Relação de Lisboa of March 22 nd , 2017.	183-191
ANA AMORIM & TIAGO PIMENTA FERNANDES, The excluded cooperator's right to reimbursement of investment securities. Commentary to the decision of the Court of Appeal of Lisbon of 26 th October 2017 (proc. n.º 580-14.3TVL.SB.L2-8)	193-199
NUNO ALONSO PAIXÃO, Annotation to the decision of the Tribunal Central Administrativo Sul, of 12 th December 2017. Subsidiary tax responsibility of association directors	201-212
MARIA JOSÉ CAPELO & PAULA TÁVORA VÍTOR, Relative immunity from seizure for a claim destined to pursue public goals. Comment on the Decision of the Lisbon Court of Appeal of 22/02/2017	213-219
SUSANA AIRES DE SOUSA & PEDRO SÁ MACHADO, Note to the decision of the Court of Appeal of Évora, of 3 rd of July, 2017. Exemption from costs of a non-profit association due to the opening of criminal instruction	221-228
NINA AGUIAR, Differentiation between primary and secondary activities by non-profit entities and its relevance in terms of capital taxes. Commentary on the sentence of the Supreme Administrative Court, Second Section, of February 22, 2017, procedure n.º 1658/15	229-235
MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA, The application of the “ultra vires” doctrine to entities without legal personality. Decision of the Lisbon Court of Appeal 11 th September 2017	237-242
FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES, Empty lots, partial forest regime and guard house: who does house belong to after all? Commentary to the Judgment of the Guimarães Court of Appeal of November 9 th , 2011, pursuant to the procedure 512 / 13.6TBMNC.G1	243-253
FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, Annotation to the decision of the Court of Appeal of Porto, February 21, 2018 (case number 6925/17.7T8VNG.P1)	255-260

DEOLINDA MEIRA, Specificities of the duty of withdrawal in housing cooperatives. Notes to the Judgement of the Court of Lisbon, of the 9 th November 2017	261-267
CAROLINA CUNHA, Expiration of cooperator's right to return. Annotation of the decision of the Coimbra Court of Appeal of 09.05.2017.	269-280
JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, Some boundary lines between contracts in favor of third party and contractual inheritance law within the framework of investments managed by financial institutions with a scope of social solidarity. A commentary on the decision of the Portuguese Supreme Court of January 10, 2017, case no. 23023/12.2YXLSB-B.L1.S1, 6 section.	281-293
ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, Donations executed by the joint administration of an urban area of illegal origin. Commentary to the decision of the Court of Appeal of Lisbon, November 9, 2017	295-303
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, Annotation to the judgment of the Évora court of appeal judgement 9.2.2017 (Proc. 34/12.1T2STC-A.E1). Wishful thinking and the law.	305-311
ANA PAULA ROCHA, Notes on the decision number 2/2017 of the Portuguese Supreme Administrative Court, Second Section, judged in February 22, 2017 (case number 1658/15)	313-323

II.2.2. ANNOTATIONS (SPAIN)

ANXO TATO PLAZA, Again about the condition of promoter in housing cooperatives (annotation to the judgement of the Court of Appeal of Valladolid, January 9 th 2018)	327-335
ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Commentary to the judgment of Provincial Audience of Madrid, section 28 ^a , n.º 102/2017 of 3 March, on the expulsion of a partner of a cooperative, by parallel competition operations, in the taxi sector.	337-343
ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS, Legal nature of the formal and objective requirements to acquire the condition of partner in a cooperative according to the DL 1/1992 of the 10 th of February. Commentary of the judgment number 36 of the TSJ of Cataluña, pronounced the 24 th of July of 2017	345-351

III CHRONICLES

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ, The cooperative microenterprises and the rural cooperatives in Castilla-La Mancha	355-363
CONTENTS: 1. GENERAL APPROACH. 2. THE COOPERATIVE MICROENTERPRISE. 3. THE RURAL COOPERATIVE.	
MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA, The modification of the Law of Credit Cooperatives through the Royal Decree-Law 11/2007, of urgent measures in financial matters.	365-371
CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE MODIFICATION OF THE LAW OF CREDIT COOPERATIVES. 3. OTHER QUESTIONS OF THE ROYAL DECREE-LAW 11/2017 THAT AFFECT THE CREDIT COOPERATIVES.	

MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MÍGUEZ, The spanish social economy strategy 2017-2020	373-383
CONTENTS: 1. APPROACH. 2. CONTENT. 3. IMPLEMENTATION OF THE STRATEGY. 4. MONITORING AND EVALUATION. 5. ANNEXES. 6. VALUATION.	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ, A new reform of the credit sections of cooperatives in the Autonomous Community of Catalonia	385-395
SUMARIO: 1. A NECESSARY REFERENCE TO THE CONTEXT. 2. STRUCTURE AND SCOPE OF THE STANDARD. 3. CONTENT OF THE NEW REGULATION: THE MAIN MODIFICATIONS INTRODUCED. 3.1. General provisions. 3.2. Economic and financial regulation. 3.3. Accounting, auditing, inspection and sanctioning regime. 3.4. The Cooperative Fund to support the credit sections. 3.5. Supplementary provisions. 4. FINAL ASSESSMENT.	
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ, Anotation to Law 5/2017, of 19 October, of promotion of the implementation of business initiatives in Galicia	397-402
PAULO VASCONCELOS, The “On-the-spot cooperative”	403-409
CARLOTA QUINTÃO & ANA LUISA MARTINHO, Chronicles of the Portugal Social Innovation Initiative. critical deepening of the debate on the Social Innovation Fund.	411-423

IV BOOK REVIEWS

I DOCTRINA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 40 (2017-2018), páxs. 31-58
ISSN: 1130-2682

THE NEW LAW ON ENERGY COMMUNITIES IN GREECE

IFIGENEIA DOUVITSA*

Recepción: 23/09/2018 - Aceptación: 17/10/2018

* Dr. Iur., Adjunct Professor, Hellenic Open University; Teaching Fellow, Democritus University of Thrace, Greece. E-mail: ifigeneiadouvitsa83@yahoo.gr

ABSTRACT

Greece has been one of the European countries mostly affected by issues related to energy poverty. In order to address the above phenomenon, a new law was passed on the 17th of January 2018. The central idea of the new law (L. 4513/2018) is to introduce a new business model that will facilitate the transition to renewable energy sources with the active participation of local actors, while tackling the pressing issue of energy poverty. The vehicle through which the aforementioned goals will be achieved is a new type of cooperatives, that of the “*energy communities*” according to the terminology that is used by the legislator. However, several provisions on matters of membership, distribution of surpluses and allocation of the remainder after the energy community’s liquidation need a closer examination due to their inconsistency with the cooperative values and principles, as enshrined in the International Cooperative Alliance Statement on the Cooperative Identity.

Therefore, the study aims to offer an analysis of the recent L. 4513/2018 on energy communities. Specifically, it will examine if such initiative was a necessary step for the energy cooperatives’ formation and if the added provisions promote their development, without putting in jeopardy the distinctive nature of cooperatives. To address the above questions, the study will base its analysis on the ICA Statement on Cooperative Identity and on the Principles of European Cooperative Law. The study aspires to provide useful information for comparative studies on energy cooperative laws that are interested in including the Greek case and take into account the new law’s particular provisions.

KEY WORDS: energy cooperatives, energy communities, Greek cooperative law.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE COOPERATIVE LEGAL FRAMEWORK IN GREECE. 2.1. The ar. 12.4 of the Greek Constitution. 2.2. The ordinary cooperative laws. 2.3. The enactment of a new law- L. 4513/2018 on energy communities (EC). 3. CONTENT OF THE LAW. 4. ANALYSIS. 4.1. The necessity of introducing a new law on energy cooperatives. 4.2. Positive elements of the new law. 4.2.1. Reduction of the minimum number of members. 4.2.2. The participation of local authorities as members at an EC. 4.2.3. Other provisions. 4.3. Provisions under question. 4.3.1. The term EC. 4.3.2. The goals and activities of the EC. 4.3.3. Membership requirement. 4.3.4. The distribution of surplus. 4.3.5. Distribution of the remaining funds after dissolution/liquidation. 5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCTION

Within the Greek jurisdiction, cooperatives are protected by the Constitution and by the numerous special laws applicable to different types of cooperatives. The lack of a general cooperative law combined with an ever-growing number of special cooperative laws has formed a deeply fragmented legal framework with various consequences in the development of the cooperative movement. The above fragmentation has been aggravated with the financial crisis outburst, when cooperatives went high in the political agenda of the governments that emerged in power since then. Such political interest brought about various legal changes resulting in either amending or abolishing laws on existing cooperative types (e.g. L. 4384/2016 on agricultural cooperatives) or in introducing new cooperative types, such as the enactment of L. 4513/2018 on energy communities (hereafter “EC”).

The law on EC was drafted by the Ministry of Environment and Energy, submitted for discussion at the Hellenic Parliament on the 11th of December 2017 and voted by the deputies on the 17th of January 2018¹. The main goals of the law are to enable the transition of the country to a broader use of renewable energy sources, as well as addressing energy poverty related issues through the active participation of citizens, local businesses and local authorities². The aforementioned goals are to be achieved by the development of a new type of cooperatives, that of the “*energy communities*” according to the terminology that is used by the

¹ See Hellenic Parliament official site <https://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law_id=24ac2366-281a-488b-97a9-a846014bc8bb>.

² See Explanatory report of draft law “Energy communities and other provisions”, 14th of November 2017, p. 1-2.

legislator³. Based on ar. 1 L. 4513/2018, EC are a type of civil cooperative aiming at the energy production, storage, self-consumption, supply and distribution. With the new law, the participation of local authorities is promoted and special clauses have been included for the less populated islands of the country to facilitate the formation of EC in such regions. Nevertheless, a number of specific rules on the requirements for membership, the distribution of surpluses and the allocation of the remainder after the EC's liquidation pose questions on whether they effectively translate into legal rules the cooperative values and principles as stipulated in the International Cooperative Alliance (hereafter "ICA") Statement on the Cooperative Identity⁴.

The study shall focus on the national legal order, for the purpose of examining and reflecting upon the content of the recent L. 4513/2018. Specifically, the necessity of introducing a new law for energy cooperatives shall be investigated, and its provisions will be analyzed regarding whether they promote the energy cooperatives' development, without putting in jeopardy the distinctive nature of cooperatives. For this reason, the study of relevant European energy law rests outside the goals of the present article.

To address the above questions, the study will base its analysis on the ICA Statement on Cooperative Identity and on the Principles of European Cooperative Law (hereafter "PECOL"). The study's findings may offer useful insight to comparative studies on energy cooperative laws that wish to include in their research the Greek case and take into account the new national law's particular provisions.

2 THE COOPERATIVE LEGAL FRAMEWORK IN GREECE

2.1. The ar. 12.4 of the Greek Constitution⁵

According to a recent study, approximately one out of three national constitutions in the world explicitly refers to cooperatives in their provisions⁶. The Greek

³ See Explanatory report of draft law "Energy communities and other provisions", 14th of November 2017, p. 1-2.

⁴ See International Cooperative Alliance official site <<https://www.ica.coop/en/whats-co-op/co-operative-identity-values-principles>>.

⁵ In ar. 12.5 the Greek Constitution refers to mandatory cooperatives, the participation in which is compulsory and thus they shall not be discussed in this study.

⁶ 62 national constitutions out of the 180 that have been under study explicitly refer to cooperatives. For the above findings see DOUVITSA, I., «National constitutions and cooperatives. An overview», *International Journal of Cooperative Law* 1(2018), p. 131: "The study found that the countries that have introduced cooperative articles in their constitutions are in Africa : Angola, Central Africa, Congo, Egypt, Equatorial Guinea, Ethiopia, Guinea-Bissau, Kenya, Morocco, Mozambique, Namibia, Nigeria, Sao Tome and Principe, Swaziland (Table 1); in Asia: Bangladesh, China, Cyprus, India, Iran, Korea (DPR), Kuwait, Malaysia, Myanmar, Nepal, Pakistan, Philippines, Sri Lanka, Taiwan,

Constitution is one of them, which in ar. 12.4 designates that “*the agricultural and civil cooperatives⁷ of any kind are self-governed according to the laws and their by-laws, protected and supervised by the state, which is responsible for their development*”. The above article is applicable to all types of cooperatives, including the EC under study and establishes two cooperative rights. In particular, all cooperatives enjoy the social right for state protection, according to which the state may introduce supporting measures for their growth⁸. The above provision also stipulates the civil right of the cooperatives for autonomy and self-governance, as long as it is exerted in consistency with the laws, their by-laws and state supervision⁹. Based on the latter the ordinary legislator may introduce general provisions and conditions for cooperatives’ establishment, organization and function, without however intervening in the cooperative administration and function¹⁰. Nevertheless, in the past there had been noted major interferences by governments in the cooperatives’ affairs, encouraged by highly detailed and overregulated laws in detriment of the cooperatives’ autonomy, self-governance and eventually self-growth¹¹.

2.2. The ordinary cooperative laws

The Greek legal landscape on cooperatives consists of L. 4430/2016¹², which is a general legal framework on social and solidarity economy, and a plethora

Tajikistan, Timor-Leste, Thailand, Turkey, Uzbekistan, Yemen (Table 2); in the Americas: Bolivia, Brazil, Colombia, Costa-Rica, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Suriname, Uruguay, Venezuela (Table 3) and in Europe: Belarus, Bulgaria, Greece, Italy, Malta, Portugal, Serbia, Spain (Table 4). Compared to Africa (14/54, 26%) and Asia (20/48, 41%), South America has the highest rate (20/35, 57%), whereas Europe the lowest (8/43, 19%)”.

⁷ The Greek legislator distinguishes two general categories of cooperatives: the agricultural cooperatives with farmers as their members (where L. 4384/2016 is applicable) and all the rest are considered as civil cooperatives (where L. 1667/1986 applies as the framework law on civil cooperatives). See KINTIS, S., *Cooperative Law* (in Greek), Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2004, p. 56.

⁸ MAVROGIANNIS, D., *The Social Right of Cooperatives*, in *Five Years of Implementation of the Constitution of 1975* (in Greek), Komotini, DUTH, 1981, 37-96; DAGTOGLOU, P., *Constitutional Law - Civil rights*, Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2005, p. 903; XRYSOGONOS, K., *Civil and Social Rights* (in Greek), Athens, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 507.

⁹ DAGTOGLOU, P., *Constitutional Law - Civil rights*, Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2005, p. 902; XRYSOGONOS, K., *Civil and Social Rights* (in Greek), Athens, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 507.

¹⁰ KINTIS, S., *Cooperative Law* (in Greek), Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2004, p. 69.

¹¹ KLIMI-KAMINARI, O., *The relations between state and cooperatives in Greece for the development of the agricultural population* (in Greek), Athens, Panteion University of Social and Political Sciences, 2003, p. 79, 100.

¹² The L. 4430/2016 on social and solidarity economy in ar. 1-13 introduces provisions applicable to all social solidarity economy actors, in which cooperatives may be included as long as they fulfill the conditions laid down in ar. 3 (except for social cooperative enterprises, limited liability social coop-

of specific laws applied to different cooperative types. In principle, cooperatives are divided into two broad categories based on the activity that they undertake, which are on the one hand the agricultural cooperatives and on the other the civil cooperatives¹³. Specifically, L. 4384/2016 regulates the agricultural cooperatives, as well as women's agricultural cooperatives, whereas L. 1667/1986 on civil cooperatives stipulates general rules for all cooperatives that are active outside the agricultural sector. For particular sub-types of civil cooperatives, special laws are applicable along with the complementary implementation of L. 1667/1986. Indicatively, such sub-types are the banking cooperatives, the limited liability social cooperatives, the social cooperative enterprises, the worker cooperatives and the energy cooperatives. The special law on energy cooperatives (or "*energy communities*" according to the legislator's terminology), is considered to be the thus far newest addition to the gamut of cooperative-specific laws.

2.3. The enactment of a new law- L. 4513/2018 on energy communities (EC)

The Ministry of Environment and Energy drafted a new law on EC, which was voted by the majority of the deputies on the 17th of January 2018. According to its explanatory report, the enacted law took into account the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (COM(2016)767) and the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (COM (2016) 864).

By passing a new law, the Ministry aspired to address the energy poverty, a phenomenon that seemed to have escalated, since the financial turmoil of 2008. According to a broadly used definition, energy poverty is described as the situation when "*a person or household is not able to heat or fuel their home to an acceptable standard at an affordable cost*¹⁴". A more specific definition states that "*a household is in fuel poverty if in order to maintain a satisfactory heating regime, it would be required to spend more than 10% of its income on all household fuel use*¹⁵". Recent findings on the above defined phenomenon indicated that a considerable percentage of the population is energy deprived in Greece. In particular, in

eratives and worker cooperatives that are acknowledged as *de lege* social solidarity economy actors). Then, in ar. 14-23, the L. 4430/2016 prescribes for the social cooperative enterprises, and in ar. 24-33 for worker cooperatives.

¹³ KINTIS, S., *Cooperative Law* (in Greek), Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2004, p. 56.

¹⁴ JONES, S., Social causes and consequences of energy poverty, in Csiba, K., Bajomi, A., Gosztonyi, A., *Energy poverty handbook*, Brussels, European Union, 2016, p. 21-22.

¹⁵ JONES, S., Social causes and consequences of energy poverty, in Csiba, K., Bajomi, A., Gosztonyi, A., *Energy poverty handbook*, Brussels, European Union, 2016, p. 21-22.

2012 30% of total population was unable to keep their home adequately warm, 78.6% admitted to using less heating than **needed**, due to the fact that they could not afford it and 62.4% of the population spends more than 10% of their total income for heating¹⁶. The fact that the population's incomes have been diminished by 30%, along with the price volatility and high energy costs are considered to be decisive factors preventing the needs in energy consumption of the population to be properly covered, especially for the vulnerable groups of the population, which have been most affected¹⁷. Furthermore, the poor thermal efficiency and housing in Greece and in particular the average energy consumption of buildings which is higher compared to other countries with more severe winter conditions, such as Germany and Denmark,¹⁸ are additional drivers that preserve and further aggravate the energy poverty phenomenon.

Additionally, the law aims at enabling the country's transition to green energy. To this end the legislator promotes the citizens, municipalities and local businesses to be actively engaged in the country's energy transition and energy planning. Regarding the island region of the country, the law considers that a considerable number of islands especially in the Aegean Sea are not connected to the mainland's infrastructure. Therefore, they tend to heavily rely on fossil fuels and during peak season the costs in energy consumption are soaring. Hence, the law sets as a goal to facilitate the island regions' energy autonomy based on renewable energy sources, by prescribing special clauses for them¹⁹.

The main vehicle to achieve the above goals is the introduction of a new type of cooperatives, that of the energy cooperatives (or "*energy communities*" according to the terminology that is used by the legislator).

¹⁶ THOMSON, HR, SNELL, C.J., «Quantifying the prevalence of fuel poverty across the European Union», *Energy policy* 52 (2013), p. 563-572; PANAS, E., *Research on energy poverty in Greece in Greek*, Department of Statistics, Athens University of Economics and Business, 2012; ATANASIOU, B., KONTONASIOU, E., MARIOTTINI, F., *Alleviating fuel poverty in the EU: Investing in home renovation, a sustainable and inclusive solution*, Buildings Performance Institute Europe (BPIE), 2014, p. 32.

¹⁷ PANAS, E., *Research on energy poverty in Greece in Greek*, Department of Statistics, Athens University of Economics and Business, 2012. See also SANTAMOURIS, M., PARAVANTIS, JA., FOUNDA, D., «Financial crisis and energy consumption: a household survey in Greece», *Energy and Buildings* 65 (2013), p. 477-487.

¹⁸ The average energy consumption of buildings in Greece is 29 kWh/m³ per year, whereas in Germany it is 21 kWh/m³ per year and in Denmark 13 kWh/m³ per year. See PANAS, E., *Research on energy poverty in Greece in Greek*, Department of Statistics, Athens University of Economics and Business, 2012.

¹⁹ Explanatory report of draft law "Energy communities and other provisions", 14th of November 2017, p. 1-2.

3 CONTENT OF THE LAW

The law 4513/2018 on energy communities is divided into two sections, the first of which consists of ar. 1-12, and refers to energy communities, adding to the body of the cooperative law proper, while the second section consists of ar. 13-32 reforming provisions of energy laws. This study shall focus its analysis on the first part of the law and in particular on its most crucial provisions concerning the formation, function and dissolution of an EC.

The law uses the terminology “energy community”, instead of “energy cooperative”, being influenced by the European directive on renewable energy communities²⁰, while avoiding at the same time the “cooperative” term due to a pre-existing negative public image of agricultural cooperatives in Greece that led to a generalized misconception on the cooperative model of business²¹.

²⁰ See ar. 22 of the Proposal for a directive of the European parliament and of the council on the promotion of the use of energy from renewable sources COM (2016) 767 final: “*Renewable energy communities: 1. Member States shall ensure that renewable energy communities are entitled to generate, consume, store and sell renewable energy, including through power purchase agreements, without being subject to disproportionate procedures and charges that are not cost-reflective. For the purposes of this Directive, a renewable energy community shall be an SME or a not-for-profit organisation, the shareholders or members of which cooperate in the generation, distribution, storage or supply of energy from renewable sources, fulfilling at least four out of the following criteria: (a) shareholders or members are natural persons, local authorities, including municipalities, or SMEs operating in the fields of renewable energy; (b) at least 51% of the shareholders or members with voting rights of the entity are natural persons; (c) at least 51% of the shares or participation rights of the entity are owned by local members, i.e. representatives of local public and local private socio-economic interests or citizen having a direct interest in the community activity and its impacts; (d) at least 51% of the seats in the board of directors or managing bodies of the entity are reserved to local members, i.e. representatives of local public and local private socioeconomic interests or citizens having a direct interest in the community activity and its impacts; (e) the community has not installed more than 18 MW of renewable capacity for electricity, heating and cooling and transport as a yearly average in the previous 5 year. 2. Without prejudice to State aid rules, when designing support schemes, Member States shall take into account the specificities of renewable energy communities*”. See also FAJARDO, G., The European legal framework, does it promote renewable energy self-consumption cooperatives?, International Cooperative Alliance (ICA) European Research Conference “Cooperatives in a rapidly changing world: Innovation in Enterprise and Community”, 4 July 2018 until Fri 6 July 2018, Wageningen, Netherlands. See also MEIRA, D., Legal obstacles to the creation of renewable energy communities under cooperative form in Portugal: Coopernico as a case study, International Cooperative Alliance (ICA) European Research Conference “Cooperatives in a rapidly changing world: Innovation in Enterprise and Community”, 4 July 2018 until Fri 6 July 2018, Wageningen, Netherlands, according to which cooperative is the legal form, best fitted for the concept of renewable energy community.

²¹ AVDELIDIS, P., *The agricultural cooperative movement in Greece* (in Greek), 2nd ed., Athens, Papazisi Editions, 1976, p. 60-61; See PATRONIS, V., MAVREAS, K., «Agricultural cooperative organizations in Greece throughout the 20th Century: A Critical Overview», *Journal of Rural Cooperation* 32 (2004), p. 51-62, 53; ILIOPOULOS, C., VALENTINOV, V., «Opportunism in Agricultural Cooperatives in Greece». *Agriculture* 41 (2012), p. 15-19, 16; MAVROGIANNIS, D. *Sociology of Law Courses: University lectures* (in Greek), Athens, Sakkoulas, 1980, p. 139-140; KASSAVETIS, D., *Cooperative Institutions I. Agricultural Cooperative Organizations* (in Greek), Athens, Katsarou,

The legislator, when defining the EC, takes into account the division of cooperatives into the agricultural cooperatives, which undertake agricultural activities and civil cooperatives, in which all non-agricultural cooperatives are included²². The EC are designated by law as a particular type of civil cooperatives. The civil cooperatives according to ar. 1 L. 1667/1986 “*are voluntary unions of persons with an economic goal, aiming - especially through the collaboration of their members- at the economic, social, cultural development of their members and the betterment of their standards of living in a join enterprise, without however undertaking activities in the sector of agriculture*”. For any matter that the law on EC has not introduced relevant provisions, the law on civil cooperatives is applicable.

The legislator chooses to place the EC in the civil cooperatives’ category, specifying, however the exclusive goals that they may pursue. The above goals are stipulated by law which include -among else- the production, distribution and supply of energy, the promotion of energy self-sufficiency and security in island municipalities, the undertake of activities at the renewable energy sources or the co-production of electricity and high efficiency heat (ar. 1.1 L. 4513/2018).

Based on the above, the EC may not pursue any kind of goals, but only the ones that the law stipulates, in which agriculture is exempted (ar. 1.1 L. 4513/2018 and ar. 1.1 L. 1667/1986). The latter is in line with ar. 4 L. 4513/2018 that describes the activities that an EC can undertake. In ar. 4 par. 1 the above law introduces a list of mandatory activities, at least one of which the EC has to exert. Such mandatory activities mainly refer to the provision of energy related services, products and infrastructure development, such as – among others – : the production, the storage, the self-consumption or selling of electric or thermal or cooling energy, the management (such as collection, transport, processing, storage or distribution) of the raw materials for the production of electricity or heat or cooling energy from biomass or bioliquid or biogas or through the energy exploitation of the biodegradable municipal waste fraction, supplying its members with electrically operated vehicles or vehicles using alternative motor fuels. Apart from the mandatory activities, the law 4513/2018 in ar. 4 par. 2 includes also a list of optional activities, such as attracting capital to be invested within the district of its headquarters, managing or participating at funding programs relevant to its goals, raising awareness on energy sustainability issues, undertaking initiatives in supporting consumers of vulnerable groups and addressing energy poverty irrespectively if the persons in need are members or non members (for instance by energy supplying or offsetting, or by energy housing upgrading or other actions

2005, p. 62; DOUVITSA, I. «Supervision and audit of the Greek agricultural cooperatives: A critical approach on legislation», *European Business Law Review* 29 (2018), p. 77 ff.

²² KINTIS, S., *Cooperative Law* (in Greek), Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2004, p. 56.

that reduce the energy consumption). From the optional list, the EC may choose freely to exercise one or more such activities, as long as it exerts at least one mandatory activity of ar. 4 par. 1L. 4513/2018. Apart from the aforementioned mandatory and optional activities of par. 1 and par. 2 of ar. 4, no further activities shall be exerted by an EC (ar. 4.2 L. 4513/2018).

Furthermore, the law on EC introduces specific provisions on membership. In general, physical persons, legal persons of private law and legal persons of public law, including the local authorities, can become members of an EC. Ar. 2 par 2 L. 4513/2018 stipulates that the EC can be formed with five, three or two members depending on their membership basis and the area of their headquarters and it states as follows:

“The minimum number of members of an EC is: a) five in case the members are public law legal entities, except for local authorities, or private law entities or individuals, b) three in case the members are legal persons of public or private law or physical persons, as long as two at least are local authorities, c) two in case the members are only local authorities of first tier of island regions of the country with less than 3.100 habitants according to the latest census”.

The above provision implies that a five-member EC can be established between private law legal persons, individuals and public law legal persons, in which local authorities are exempted. The latter does not prohibit the local authority from participating at the EC, but its participation shall not contribute to the fulfillment of the five-member requirement- thus it shall join for instance as the sixth member. In the following two cases (b and c), the legislator’s intent to facilitate the formation of an EC by the local authorities results in requiring the lowest possible membership, especially in less populated island regions of the country. In particular, in the b case, a three-member EC can be legally formulated with two local authorities as members and a third member that can be either a public or private law legal person or an individual. In the exceptional case of scarcely populated islands, even a two-member EC is possible as long as both members are local authorities of first tier. The aforementioned minimum number of members shall sign the by-laws, so that the EC can be legally formed. The process is held in front of the district court according to ar.1.3 L 1667/1086 on civil cooperatives, which applies also to EC.

The EC is bound by law to comply with the above requirements not only during its formation, but for all its lifespan, otherwise their non-fulfillment constitutes a reason for the EC dissolution (ar.9.1a L. 4513/2018).

Furthermore, the law on EC prescribes a set of locality criteria in ar. 2.3 for the EC membership to promote the EC as locally rooted enterprises. In particular,

51% of the EC members are expected to have local ties with the district within which the EC has its headquarters. In case of members-individuals these ties shall be demonstrated by a) ownership rights or b) by the right to use (*usufruct*) of immovable property within the district of EC, or c) by being residents of the area (which requires them to be officially registered in that particular municipality). Similar provisions apply to the legal entities-members of the EC, which in order to demonstrate the above local ties their headquarters are required to be within the district that the EC has its headquarters. These local ties are a requirement for the majority (51%) of the overall number of members, whereas the 49% of the EC members is not obliged to fulfill such criteria (ar. 9.1a L.4513/2018). The locality criteria of ar. 2.3 L. 4513/2018, as it was the case with the abovementioned membership requirements, shall be met during and after the EC formation, the lack of which establishes grounds for their dissolution (9.1a L. 4513/2018).

When it comes to the EC capital formation, ar. 3 L. 4513/2018 provides that the members shall contribute to the cooperative capital with a mandatory cooperative share, but they can also acquire one or more voluntary cooperative shares, which, nonetheless, cannot surpass the 20% of the total cooperative capital. The above cap is higher reaching up to the 40% of the total cooperative capital when the local authorities acquire such voluntary shares and in case of first tier local authorities of islands with less than 3.100 habitants, the above percentage rises to 50% of the cooperative capital. Irrespectively, however, of the shares that each member contributes to the EC, it is acknowledged one vote (ar.3.2 L. 4513/2018).

Regarding the surplus distribution, ar. 6 L. 4513/2018 applies, which uses the term surplus in order to describe the economic outcome of the year, including thus not only the surpluses that have been acquired from the transactions of the cooperative with its members, but also profits that originate when the cooperative transacts with non-members. Moreover, the legislation in the above article lays down two different systems for surplus distribution resulting in implicitly dividing the EC into two categories, the not-for-profit and the for-profit EC, without however using such wording. A common denomination for both categories is the requirement of allocating at least 10% of the surplus to the legal reserve of the EC, whether it is not-for-profit or for-profit and this is the only commonality between the two emerging EC types. In particular, according to the first system of distribution which depicts the not-for-profit EC, the rest of the surplus is prohibited from being distributed to members. Instead, it is allocated to other reserves based on the general assembly's decision aiming at promoting the EC goals. For the EC which consists of local authorities only, as well as the EC in which local authorities participate as members in island regions with less than 3.100 habitants, the surpluses – party or totally – may be allocated for local collective activities associated with the energy sector, such as the supply of raw materials, fuels and water. On the other hand, the second distribution system, that renders EC as for –profit desig-

nates that the rest of the surplus (after the 10% deduction for the legal reserve), can be distributed to members as long as the EC consists of at least 15 members (*or 10 members in island regions with less than 3.100 habitants*) and 51% of the members are physical and not legal persons. The above ratio of physical persons' membership that is the majority of the EC members is to be met during and after the EC formation.

The EC are able to form EC unions and a Hellenic federation of energy communities, based on ar. 10 L. 4513/2018. The unions consist of at least five members- EC located within the same district and aim at the coordination and promotion of their members' activities. Since such activities are not defined by law, it may be argued that economic as well as advocacy activities can be included, which shall be further specified by the cooperators themselves. The above unions may also form a Hellenic federation of energy communities for the coordination and the overall representation of the whole national energy cooperative movement. With respect to a minimum number of such unions- members to form the federation, the law remains silent. In the case of the Hellenic federation, the activities are those that respond to the advocacy and lobbying needs of the movement. Both the unions and the federation take the cooperative form and are subjected to the complementary application of relevant articles of L. 1667/1986 on civil cooperatives concerning their cooperative vertical integration.

The dissolution of the EC is also a topic of great interest stipulated by law. According to ar. 9 L. 4513/2018, an EC can be dissolved if the required number of members or the locality criteria are not fulfilled anymore and the appropriate adjustments do not occur within a three-month period. Additionally, dissolution can also occur for an EC in case in its by-laws a specific duration is stated, which expires or after a general assembly decision. The bankruptcy of the EC is also a reason for its dissolution.

With the EC dissolution, liquidation follows. After the members' cooperative shares are redeemed, the distribution of the remainder depends on the way in which the surpluses have been distributed within the cooperative. For those EC that are subject to the non-distribution provision (the not-for-profit EC), the remainder shall not be allocated to the members, but to associations, unions or other non-profit entities, which undertake activities within the district of EC on the energy sector or on the environmental protection. On the other hand, the EC that have distributed their surpluses to their members (for-profit EC) shall, accordingly do so after the cooperative's liquidation by distributing the rest of the funds to the members according to their contributions to the cooperative capital.

4. ANALYSIS

4.1. The necessity of introducing a new law on energy cooperatives

The first question that is posed about the new law is whether such legislative initiative was necessary for the formation and operation of cooperatives in the energy sector and renewable energy; or instead, if the new law shall be added to the already complex and fragmented cooperative legal landscape in Greece. The fact that energy cooperatives, even in short numbers, were formed under L. 1667/86 as civil cooperatives or under L. 4430/2016 as social cooperative enterprises²³, prior to the new law, indicates that its passing was not a *conditio sine qua non* for their establishment. In the current context, an energy cooperative may be established under L. 1667/1986 on civil cooperatives, or according to L. 4430/2016 on social and solidarity economy which prescribes for the formation of social cooperative enterprises and worker cooperatives or based on L 4513/2018 on EC. The above result in having three different organizational cooperative laws that overlap, under which energy cooperatives may be formed, despite the fact that these cooperatives operate within the same sector. The issue of overregulation that emerges in the cooperatives under study is a rather broader phenomenon affecting various sectors of the social and economic life in Greece. In the case of cooperatives in particular, it took in the past excessive forms reaching 946 reforms of the first cooperative law between 1915 and 1970, in other words two reforms per month, whereas from 1984 to 1994, 230 agricultural cooperative laws had been passed²⁴. Although, overregulation has been mainly spotted in the agricultural cooperative sector, since the financial crisis of 2008, it has re-emerged as a trend²⁵ expanding to other sectors, as well²⁶. The latter reflects the extensive role that the state still

²³ Indicatively, the “Sifnos island cooperative” was formed in 2013 as a civil cooperative in the island of Sifnos. See Sifnos island cooperative official site <<https://www.sifnosislandcoop.gr/en/index.html>>. The Energy cooperative company of Karditsa was also formed as a civil cooperative in Karditsa in 2010. See BELLIS, V., *The case of the Energy cooperative company of Karditsa*, Korinthos Chambers, 18th of February 2018; Iliokaliergia was formed as a social cooperative enterprise of collective and social benefit in Kalamata in 2017. See Ministry of Labour official site (Social and solidarity economy General Registry, 28/6/2018) available at <http://www.ypakp.gr/index.php?ID=UQH3HmYOtWvx5Eoq&Rec_ID=12229>.

²⁴ LAMBROPOULOU-DEMETRIADOU, B., Assessment of the Greek Cooperative Legislation, in Papageorgiou, K., (ed.), *An Assessment of Greek Cooperative Institutions* (in Greek), Athens, Institute of Cooperation, 1995, p. 87-99, 90-91.

²⁵ The previous law 4015/2011 on agricultural cooperatives has been amended ten times in a four-year period until its recent abolishment by L. 4384/2016 in April 2016. See DOUVITSA, I. «Supervision and audit of the Greek agricultural cooperatives: A critical approach on legislation», *European Business Law Review* 29 (2018), p. 79-80.

²⁶ For instance, a new law (L. 4423/2016) was passed specifically for forest cooperatives, which were previously subjected to the agricultural cooperative law. Moreover, the recent law on social and solidar-

holds in the social and economic life, which under the polarized political system usually fails to reach to a broader consensus resulting in numerous and short-lived legal rules affected by the changes in the political sphere²⁷.

4.2. Positive elements of the new law

4.2.1. Reduction of the minimum number of members

The question on whether the new law was necessary for the energy cooperatives' development remains open. Nevertheless, such remark should not overshadow the positive features that were introduced by L. 4513/2018. In particular, the new law diverges from the fifteen-member requirement of the formation of civil cooperatives by lowering the minimum number of members between two and five²⁸. The fact that the Greek legislator follows the general tendency of national legislators to reduce the minimum membership on cooperatives may be considered as a progress, especially since augmenting the number of members has failed to bring about positive results in Greece²⁹ ³⁰. The new law's provision is also in line with the nature of cooperatives as voluntary organizations, the participation in which should be the product of free will based on the freedom of as-

ity economy introduced provisions on worker cooperatives, which were previously formed under L. 1667/1986 and on collective and social benefit and integration social cooperative enterprises, the latter overlapping to some extent with the social cooperatives of ar. 12 of L. 2716/1999. Most recently, a draft law on a new type of social cooperative enterprises is under discussion by the Ministry of Health.

²⁷ SOTIROPOULOS, D., CHRISTOPOULOS, L., *Overregulation and bad quality laws in Greece*, Athens, Dianeosis, 2017, p. 15-16.

²⁸ However, an energy cooperative as a social cooperative enterprise of social and collective benefit can be formed with five members (ar. 14 L. 443/2016).

²⁹ On average in European jurisdictions the minimum number of members is three. FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 39.

³⁰ HENRÝ, H., Finland, in: Fajardo, G., Fici, A., Henry, H., Hiez, D., Meira, M., Munkner, HH., Snaith, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 147; MUNKNER, HH., Germany, in: Cracogna, D., Fici, A., Henry, H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 418; SNAITH, I. (2013). United Kingdom, in: Cracogna, D., Fici, A., Henry H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, p. 744; FAJARDO GARCIA, I. G., Spain in: Cracogna, D., Fici, A., Henry (eds), H. *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 709; MEIRA, D., Portugal, in: Fajardo, G., Fici, A., Henry, H., Hiez, D., Meira, M., Munkner, HH., Snaith, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 416; FJØRTOFT, T., GJEMS-ONSTAD, O, Norway and Scandinavian countries, in: Cracogna, D., Fici, A., Henry, H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 569.

sociation, allowing cooperation to emerge in both small and large numbers³¹. The prerequisite of minimum membership should not be used as a tool to pressure the formation of cooperatives of a specific size, but, instead, to introduce a number, below which cooperation is undoubtedly non-functional. According to PECOL sec. 1.3 (4): “*a cooperative shall always comprise no fewer than two cooperator members [...]*”, since collaboration cannot occur with only one person-member³². Based on the above, the new law seems to pace in the right direction abstaining from treating cooperatives significantly differently from companies regarding the required number of members³³.

4.2.2. *The participation of local authorities as members at an EC*

Prior to L. 4513/2018 on EC, the participation of local authorities in energy cooperatives was either forbidden or contested³⁴. The above issue has been solved by the explicit reference of L. 4513/2018 on the involvement of local authorities which is not only permitted, but encouraged by the various clauses that the law introduces.

The new law by permitting in ar. 2 the local authorities to form or join an EC reflects the open-door principle of cooperatives, which promotes the inclusiveness of cooperatives to all persons, not only physical but also legal, as long as they are able to use their service. Notably, the local authorities’ participation is particularly crucial in the EC case, due to the nature of energy as a common good and the financial and social capital that they can invest in the cooperative.

³¹ KLIMI-KAMINARI, O., PAPAGEORGIOU, K., *Social economy: A first approach* (in Greek), Athens, Ellinoekdotiki, 2010, p. 64.

³² However, the finish law permits the formation of a one-member cooperative. See. HENRÝ, H., Finland, in: FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 147.

³³ According to ar. 1.3 L. 2190/1920 an anonymous society can be formed by one or more shareholders.

³⁴ If the energy cooperatives are formed as social cooperative enterprises of social and collective benefit, then local authorities are prevented from becoming their members according to ar. 14.5 L. 4430/2016. The only exception that L 4430/2016 introduces is for social cooperative enterprises for integration, in which the local authorities are permitted to join as members. In the case of energy cooperatives formed as civil cooperatives under L. 1667/1986, such participation is not prevented by the above law, which allows for the participation of legal entities in general as long as the cooperative’s by-laws introduces relevant provisions. Nevertheless, in the case of the energy cooperative company of Karditsa, which was formed as a civil cooperative according to the provisions of L. 1667/1986, the decision of Karditsa’s municipalities to join the cooperatives was denied by their public authorities’ directorate. The latter based its rejection on L. 3852/2010, which in ar. 107.2 prevented the public authorities from forming or participating at anonymous societies except for those explicitly referred to in the law. A possible conclusion may be that cooperatives were wrongly viewed as a type of anonymous society and not as a differentiated form of business.

4.2.3. Other provisions

Another trait of the new law that had a positive reaction was the introduction of special clauses for the less populated island regions, as well as the optional activity of EC to undertake measures in favor of vulnerable groups of the population and address the energy poverty. Such provision implements the 7th cooperative principle, to care for the community by undertaking activities and measures that the cooperative members decide for their community as a whole or for specific population groups.

4.3. Provisions under question

4.3.1. The term EC

Some remarks can be made on the term “*energy community*” that is used by the new law, instead of “*energy cooperative*”. Although, it may reflect the terminology used in the European directive on the renewable energy communities³⁵, it is added to the already vast variety of cooperative terms in the Greek legal texts (e.g. agricultural cooperatives, civil cooperatives, limited liability social cooperatives, social cooperative enterprises of social and collective benefit and of integration). However, this is the first attempt to introduce a new terminology without any reference to the cooperative term. The latter may be significant not only for academic reasons, but for practical ones as well, since it is going to be used as the company name in the transactions of the enterprise with the public and the other interested parties. Thus, the choice of the legislator may not only suffer from clarity creating confusion on the enterprise’s identity, but also indirectly and even involuntarily, confirms and preserves the negative connotation of the term, due to previous past experiences occurring in the agricultural cooperative sector. If we also take into account the fact that in Greece there has been a long ongoing battle for the use of “cooperative, coop” by a non-cooperative enterprise, which has the exclusive rights for its use in its company name³⁶, then it may be concluded that the new law paces in the wrong direction, instead of further protecting and promoting the cooperative title in all mediums.

Apart from the latter, the term cooperative would have been preferred, since it is the one used in the ICA Statement and the International Labour Organization Recommendation 193 of 2002 on Promotion of cooperatives (hereafter “R 193/2002”). It is also worth noting that under PECOL the term cooperative enjoys

³⁵ See ar.22 of the Proposal for a directive of the European parliament and of the council on the promotion of the use of energy from renewable sources COM (2016) 767 final.

³⁶ DOUVITSA, I. *The provisions on the company name of cooperatives according to cooperative legislation-* in Greek, Editors’ Newspaper, 30th of July 2018

a status of protection. Specifically, sec 1.1(5) PECOL stipulates that: “*cooperatives shall include in their registered name the word “cooperative”, “coop”, or similar. The words “cooperative”, “coop”, or similar, may not be included in the name of entities not formed and managed as cooperatives in accordance with cooperative law and universally recognized cooperative values and principles*”.

4.3.2. *The goals and activities of the EC*

Another issue to be examined is the exhaustive list of energy-related goals and activities that the new law stipulates for the EC, without allowing any further additions in their by-laws. The latter prevents multiple activities to be exerted by the EC, except those within the energy sector. Although such issue may not rise in the early stages of the EC development, as the EC may grow in numbers and size through time, it prohibits them from expanding their business in other sectors³⁷, such as for instance in agriculture. Furthermore, if existing energy cooperatives, which were formed prior to the enactment of the new law, are interested in being converted into an EC, then they are obliged to terminate any additional activities that they have undertaken outside the energy sector, re-adjusting their by-laws accordingly. This occurs due to the fact that the L.1667/1986 on civil cooperatives and the L. 4430/2016 on social solidarity economy, under which energy cooperatives may be formed, do not specify in an exhaustive manner the activities cooperatives in general may undertake, in contrast to the law on EC.

Such restrictions do not comply with the nature of cooperative law prescribed by R.193/2002 as supporting cooperatives’ development and in particular recognizing cooperatives operating in all sectors of the economy (sec I (1) R. 193/2002)³⁸. Likewise, sec. 1.1 (1) PECOL states that cooperatives are legal persons governed by private law that carry on any economic activity [...]. Therefore, in principle cooperatives should be permitted to be active in any sector of the economy according to the principle of equal treatment³⁹, as with anonymous societies.

³⁷ International Labour Office (ILO), Cooperatives Unit (ENT/ COOP), Green Jobs Program., *Providing clean energy and energy access through cooperatives*, Geneva, ILO, 2013, p. 5: “energy cooperatives can move from single-purpose to multiple approaches”. See also HENŘY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed., Geneva, International Labour Organization, 2012, p. 18.

³⁸ The lack or failure of appropriate mechanisms to safeguard undertaking activities in specific sectors cannot justify the prohibition of cooperatives operating in all sectors of the economy. See HENŘY, H., Public International Cooperative Law, in Cracogna, D., Fici, A., Henřý, H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 77.

³⁹ FAJARDO, G., FICI, A., HENŘY, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *PRINCIPLES of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 32.

4.3.3. Membership requirement

Regarding the membership basis, the fact that both physical and legal persons can adhere to an EC is in line with the internationally accepted definition of cooperatives. In particular, a cooperative is defined as “an association of persons”, by the term “persons” including physical and legal persons⁴⁰.

Furthermore, ar. 2.3 L. 4513/2018 prescribes for the majority of the EC members to be – if individuals – owners or usufructuaries of immovable property or officially registered residents within the EC district and – if legal persons- having their headquarters within that district. The above locality criteria create further conditions for an EC formation and impede the growth of its membership base. Such strict and detailed requirements are expected to omit various potential members, such as house renters, unregistered residents and legal entities that have their branch office or store, and not their headquarters, within the EC district⁴¹.

The restrictions on membership of the new law raise questions on their compliance with the open-door principle. According to the first principle of voluntary and open membership, “*cooperatives are voluntary organisations, open to all persons able to use their services and willing to accept the responsibilities of membership, without gender, social, racial, political or religious discrimination*”. The above principle prescribes for the open door principle under two conditions: a) the ability of the potential members to use their cooperatives’ services and b) the acceptance of their responsibilities. The ability to use the cooperatives’ services depends on the type of cooperative, for example farmers shall be able to use an agricultural cooperative’s services. In that manner, when defining the members’ qualification, the law needs to take into account what kind of cooperative shall be subjected to its rules: for instance, in case of producer cooperatives, membership shall be open to producers, in consumer cooperatives to consumers and in multi-stakeholder cooperatives to various groups of stakeholders⁴². Regarding energy cooperatives, however, the legislator’s task is harder, since such cooperatives appear in different forms, for instance as producer, consumer or even as multi-stakeholder cooperatives⁴³. Hence, member qualifications in energy cooperatives

⁴⁰ HENŘY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed., Geneva, International Labour Organization, 2012, p. 71: “*cooperatives may be composed of physical persons only, of legal persons only or of a mix of the two*”.

⁴¹ See Public Consultation Report for the draft law “energy communities and other provisions”, July 2017, Hellenic Democracy, Ministry of Environment and energy, p. 43-90 (63-64 comment by Xenophon Zisis).

⁴² FAJARDO, G., FICI, A., HENŘY, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 50-51.

⁴³ International Labour Organization. Cooperatives Unit. (2013). Providing clean energy and energy access through cooperatives, p. 5.

should be defined by general and abstract rules, without limiting their potential variations. Under the current article, the law conditions the participation to EC under specific rules of locality. Although in the energy sector locality plays a great role in the provision of services, the legislator should have been discouraged from predetermining that locals and local business shall be the main members able to benefit from the EC services. On the contrary, it would have been preferable for the law not to impose, but encourage locality criteria to be introduced in the EC by-laws, allowing nevertheless exceptions to be made in the EC by-laws. The latter would not only be consistent with the open-door principle as stated in ICA and prescribed in PECOL⁴⁴, but it would also strengthen the constitutionally established self-governance of the cooperatives in ar. 12.4.

4.3.4. *The distribution of surplus*

Certain aspects of the financial structure of the EC, as prescribed by law, present particularities that need further examination. As stipulated in the law, an EC with less than 15 members, the majority of which are legal and not physical persons (the alleged not-for-profit EC) allocates its surpluses, after the legal reserve deduction, to indivisible reserves (ar. 6 L. 4513/2018). The EC that consists of local authorities only, (*or the EC in which local authorities participate as members in island regions with less than 3.100 habitants*), may allocate their surpluses – partly or totally – to local collective activities associated with the energy sector, such as the supply of raw materials, fuels and water (ar. 6.3 L. 4513/2018). On the other hand, the EC with 15 members at least (*or 10 members at least in island regions with less than 3.100 habitants*), the majority of which are physical and not legal persons, may allocate the rest of their surpluses to their members (the alleged for-profit EC) (ar. 6.4 L. 4513/2018).

A first remark on the above provision refers to the terminology used in the legal text. In particular, the law uses the term “surpluses” to describe all economic results without differentiating those gained from transactions with members and non-members. The latter would not raise issues for any other private company. In the case of cooperatives, however, it is crucial to distinguish the cooperative surpluses (acquired from the cooperative transactions with members), from profits (acquired from transactions between the cooperative and non-members),

⁴⁴ Sec 1.3 (6) PECOL: “Cooperative statutes may make membership subject to reasonable conditions related to their particular type or objective, without gender, social, ethnic, racial, political or religious discrimination or artificial restriction of membership”.

since they are to be allocated in a different manner^{45,46}. In the following analysis the term surplus shall be used as a general term describing all economic results, whereas the cooperative surpluses and profits are used with the abovementioned specific meaning.

Moreover, a question is posed on the way the surplus is allocated in the EC and whether the new law's provisions are consistent with the cooperative identity, values and principles. In general, as with every business enterprise, the financial structure is closely associated with the goals that are set to be achieved by that enterprise. For instance, the financial structure of investor-owned companies permits and further promotes the profit accumulation and distribution to their shareholders. Accordingly, the financial structure of cooperatives should enable cooperatives to achieve their distinct purpose, in other words to cover the economic, social and cultural needs of their members through their participation at the cooperative⁴⁷. For this reason, the financial structure of the cooperatives is expected to reflect the cooperative identity, values and principles⁴⁸. Specifically, according to the 3rd cooperative principle "[...] *members allocate surpluses for any or all of the following purposes: developing their cooperative, possibly by setting up reserves, part of which at least would be indivisible; benefiting members in proportion to their transactions with the cooperative; and supporting other activities approved by the membership*". PECOL further specifies in sec. 3.6(3) that "*by resolution of the members' meeting, the cooperative surplus may be: (a) distribute to the cooperator members as cooperative refunds in proportion to the quantity and/or quality of their participation in cooperative transactions, either cash or by shares or other financial instruments, or (b) between indivisible reserves and divisible reserves*", whereas in sec.1.5(5) PECOL foresees that the profits from non-member cooperative transactions are allocated to indivisible reserves. The above

⁴⁵ HENŘY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed., Geneva, International Labour Organization, 2012, p. 35: "According to the strict cooperative principles, profit will be transferred to an indivisible reserve fund; surplus should be distributed among the members, at least in part, in proportion to their transactions with the cooperative over a specified period of time".

⁴⁶ See sec 3.6(1) and 3.7 of PECOL; KINTIS, S., *Cooperative Law* (in Greek), Athens, Ant. N. Sakoulas, 2004, p. 39. HENŘY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed., Geneva, International Labour Organization, 2012, p. 94. See also International Cooperative Alliance, *Guidance notes to the co-operative principles*, 2015, p. 40: « *In the co-operative business world we talk of co-operatives making "a surplus" rather than "a profit"*». See also KAMINARI, O., PAPAGEORGIOU, K., «The concept of surpluses, profits and net income in cooperatives in Greek», Social Economy, April's Volume, Athens, Institute for Cooperative Studies, 2016.

⁴⁷ FAJARDO, G., FICI, A., HENŘY, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 73-74.

⁴⁸ FAJARDO, G., FICI, A., HENŘY, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 73-74.

provisions define all the possible ways the cooperatives can use their surpluses without putting in jeopardy their distinct identity. How the surpluses are distributed is to be decided by the general assembly according to sec. 3.6(3) PECOL⁴⁹, as cooperatives are self-governed businesses. The law may introduce, however, some minimum requirements to safeguard the social function of cooperatives as well as their financial stability⁵⁰, such as by prescribing for a percentage of annual results to be allocated at an indivisible legal or educational reserve⁵¹.

Based on the above, it is noted that for the not-for-profit EC the new law introduces rather strict rules. In particular, it imposes all surpluses to be distributed to indivisible reserves, which deprives them from returning even a small part of their surpluses as patronage refunds to their members based on their cooperative transactions, as the 3rd cooperative principle states and PECOL further highlights. Although the indivisibility of reserves may strengthen the cooperatives' financial structure, which is particularly important in the energy sector, as it is a capital-intensive area of business, the latter does not justify the absolute abolishment of patronage refunds. Such refunds are considered as a way of awarding members for using the cooperative's services, while enabling a price re-adjustment, so that the provided services could be offered near cost⁵². Therefore, the decision on how to balance the need for indivisible reserves or/and patronage refunds should have been left to the cooperative as an issue of their internal affairs and strategic planning and not have been decided by the legislator a priori under mandatory rules. The latter is not only implied in 3rd cooperative principle and stipulated in PECOL, but it is also in line with the constitutionally acknowledged principle of cooperatives' self-governance foreseen in ar. 12.4 of the Greek Constitution.

On the contrary, this is not the case for the for-profit EC which are permitted by law to distribute their overall surplus to their members after the legal reserve

⁴⁹ See also International Cooperative Alliance, *Guidance notes to the co-operative principles*, 2015, p. 33: "Whilst being always mindful of the long-term viability of their co-operative, members have the right and the duty, collectively, to decide how surpluses should be allocated".

⁵⁰ FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 90-91

⁵¹ The Italian and Portuguese law dictates that a percentage of the cooperatives' surplus shall be allocated to an educational and training fund (ar. 58.1 of the Spanish Cooperative Act n. 27/1999; ar. 97.2 Portuguese Cooperative Code). See FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 91.

⁵² FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 90. See also HENRÝ, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed., Geneva, International Labour Organization, 2012, p. 94. International Cooperative Alliance, *Guidance notes to the co-operative principles*, 2015, p. 41.

deduction without laying down the specific criteria for such distribution (ar. 6.4 L. 4513/2018). Based on the above provision, on the one hand profits from non-cooperative transactions may be allocated to the members, blurring thus the line between cooperatives and investor-owned companies that are active in the energy sector, if in both cases profits gained from the provided services are distributed to members. In fact, it seems unjustifiable why the legislator gives the legal form of a cooperative to an EC that is profit-oriented. On the other hand, surpluses that originate from cooperative transaction may be distributed to the members. Since the legislator remains silent of the criteria for such allocation, the for-profit EC are not prevented from introducing financial criteria (e.g. cooperative shares), contrary to the 3rd cooperative principle. Therefore, it is noted that for these EC the new law introduces rules flexible, yet inconsistent with the 3rd cooperative principle and the overall mutual purpose of cooperatives to cover their member needs and not to allocate the gained profits, as their ultimate goal⁵³.

Interestingly, the law deems reserves indivisible or divisible (which leads to their division between not-for-profit and for-profit EC) based on the number of members of the EC and the ratio between legal and physical persons. As mentioned previously, for the EC with less than 15 members and more legal than physical persons the overall remainder of surpluses is by law allocated to indivisible reserves (ar.6.2 L.4513/2018), whereas for EC with more than 15 members and more physical than legal persons the remainder may be returned to members (ar.6.4 L.4513/2018). The number of members and whether they are legal or physical persons does not seem to be a crucial factor to determine the indivisibility of cooperative reserves. The advantage of indivisible reserves is that they may address the general – to all cooperatives – need to counterbalance the variable share capital, to strengthen their long-term viability and to protect it from speculative behavior that can occur by either legal entities or individuals⁵⁴. The latter issues are present to almost all cooperatives, independent of their membership size or ratio between legal and physical persons. Thus, the abovementioned criteria are not considered appropriate to justify whether the reserves may be indivisible or divisible.

⁵³ See also Public Consultation Report for the draft law “energy communities and other provisions”, July 2017, Hellenic Democracy, Ministry of Environment and energy, p. 43-90 (64-65 comment by Xenophon Zisis, member of energy social cooperative and by Proskalo).

⁵⁴ FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law: Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 84. See also ROELANTS, B. Capital building in industrial and service cooperatives, in: *The capital conundrum for cooperatives*, 2016, International Co-operative Alliance, pp. 22-31 (29-30). See International Cooperative Alliance, *Guidance notes to the co-operative principles*, 2015, p. 41-42.

4.3.5 *Distribution of the remaining funds after dissolution/liquidation*

A similar approach has been also taken in the new law concerning the funds remaining after liquidation, the distribution of which is not uniformly regulated for all EC. In particular, for the not-for-profit EC the remainder shall not be allocated to the members, but to associations, unions or other non-profit entities which undertake activities within the district of EC on the energy sector or on the environmental protection (ar. 9.2 L. 4513/2018). The latter provision is in line with the principle of disinterested distribution, emanating from the 3rd cooperative principle and stipulated in sec. 3.8 (2) PECOL⁵⁵.

Interestingly, the legislator refers to the non-profit sector as a potential beneficiary of the EC remaining funds, without, however including either other EC or cooperatives from different sectors or stipulating for the creation of a solidarity fund for the creation of new ECs or cooperatives, in general. From the above, it is noted that the value of solidarity, pursued not only among EC themselves, but also between different types of cooperatives, is missing from the legal text and despite how central it is for their cooperative identity it has not been translated into legal rules⁵⁶.

On the other hand, the for-profit EC, with at least 15 members, the majority of which are physical persons, can distribute the remaining of the funds after liquidation to their members based on their contributions to the cooperative capital (ar.9.2 L. 4513/2018). How can then the cooperative be safeguarded against speculative behavior⁵⁷, if the only guarantees the law offers refer to the number and presence of physical persons, which are equally capable with legal persons of dissolving the EC for personal gain? Even if such behavior does not occur, distributing the remainder according to the members' contributions introduces elements of investor-owned companies, promoting the ongoing isomorphism of cooperatives with them⁵⁸.

⁵⁵ sec. 3.8 (2) PECOL: “Residual net assets shall be distributed in accordance with the principle of disinterested distribution”. See FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 94.

⁵⁶ In France for instance the residual net asset is to be assigned to another cooperative or to a social solidarity economy enterprise (ar. 19 French Cooperation Act n. 47-1775 of the 10 September 1947). See FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 94.

⁵⁷ HENRÝ, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed., Geneva, International Labour Organization, 2012, p. 99.

⁵⁸ HENRÝ, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed., Geneva, International Labour Organization, 2012, p. 10-13.

In the light of the above remarks it is concluded that the allocation of surpluses in both EC types is rather problematic before and after the EC dissolution/liquidation, since the distinctive financial structure of cooperatives and in particular the different function of surpluses and profits in the cooperative is not being taken properly into account.

A general remark based on the provisions that were analyzed previously is that the legislator seems to polarize the institution of the EC by dividing it into the not-for-profit and for-profit EC. The former resembles in some of their attributed traits the general interest cooperatives⁵⁹ pursuing mainly the common good of the community under the absolute clause of reserves' indivisibility⁶⁰ and the latter EC are closely associated with the investor-owned model of enterprise aimed at allocating all the surpluses as well as their remainder after dissolution/liquidation to their members. On the other hand, the EC functioning as a cooperative with a mutual purpose, providing part of its surpluses as patronage refunds to its members based on their cooperative transactions and in the event of its dissolution allocating the remainder to other cooperatives is not established under the rules of L. 4513/2018.

5 CONCLUSIONS

The Greek legal framework on cooperatives mainly consists of the constitutional provision of ar. 12.4⁶¹, the law on SSE and a considerable number of cooperative specific laws applicable to different cooperative types. A recently added law to the already fragmented cooperative legal landscape is L. 4513/2018, enacted on the 17th of January 2018. According to its explanatory report, it aims at addressing the - escalated by the financial crisis of 2008- phenomenon of energy poverty, while enabling the country's transition to green energy through the active participation of the citizens, municipalities and local businesses⁶². It has also taken into consideration the need of the island regions of the country for energy autonomy based on renewable energy sources, by prescribing special clauses for them⁶³. In order for the above goals to be achieved, a new type of cooperatives,

⁵⁹ According to sec 1.1 (5) PECOL general interest cooperatives are defined as cooperatives established to carry on an economic activity mainly in the general interest of the community.

⁶⁰ In Portugal, for instance, ar. 7 of the Portuguese Cooperative Code prohibits the distribution of surpluses to members of social solidarity cooperatives. See MEIRA, D., Portugal, in: Fajardo, G., Fici, A., Henry, H., Hiez, D., Meira, M., Munkner, HH., Snaith, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 28

⁶¹ In ar. 12.5 the Greek Constitution refers to mandatory cooperatives, the participation in which is compulsory and thus they may not be perceived as authentic cooperatives.

⁶² See Explanatory report of draft law "Energy communities and other provisions", 14th of November 2017, p. 1-2.

⁶³ See Explanatory report of draft law "Energy communities and other provisions", 14th of November 2017, p. 1-2.

that of the energy cooperatives (or “*energy communities*” according to the terminology that is used by the legislator) is introduced. However, the latter law was not a prerequisite for their establishment, since energy cooperatives, even in short numbers, were established prior to its enactment under L. 1667/86 on civil cooperatives or under L. 4430/2016 on social solidarity economy. As a result, there are three overlapping organizational cooperative laws, under which energy cooperatives can be formed. These are the law on civil cooperatives 1667/1986, the L. 4430/2016 on social solidarity economy that prescribes for social cooperative enterprises and worker cooperatives and the newly passed law on EC 4513/2018.

Even though L. 4513/2018 was not a necessary step for the establishment of cooperatives in the energy sector, it nevertheless introduces a number of positive features with its provisions. In particular, the new law diverges from the 15-member requirement of the civil cooperatives by lowering the minimum number of members between 2 and 5. Furthermore, it encourages the participation of local authorities in EC, resolving in this manner previous concerns on whether local authorities could participate in an energy cooperative as members. Other positively received traits of the new law were the special clauses for the less populated islands facilitating the establishment of EC in such regions, as well as prescribing as an optional activity for the EC to undertake measures in favor of vulnerable groups of the population.

On the other hand, several provisions raise some concerns. In particular, the legislator by using the term “*energy community*”, instead of energy cooperatives, seems to confirm and preserve the preexisting negative connotation of the cooperative term in Greece. In fact, to the author’s knowledge this is the first time a law prescribes for cooperatives without even using the specific term of cooperatives as their legal denomination. Such issue may not only create confusion as to the identity of the enterprise, but also paces in the opposite direction by neglecting to protect the name of the cooperative in all mediums, which is needed since there is an ongoing legal battle for the use of the cooperative title by a non-cooperative enterprise.

Furthermore, the exhaustive list of energy-related goals and activities of the EC prevents them from expanding their business in other sectors, such as for instance in agriculture. Such limitations seem to be inconsistent with the nature of cooperative law prescribed by R. 193/2002 as supporting cooperatives’ development and in particular recognizing that cooperatives operate in all sectors of the economy which is stipulated in sec I (1)R. 193/2002⁶⁴ and further stated in sec. 1.1 (1) PECOL.

⁶⁴ See HENRÝ, H., Public International Cooperative Law, in Cracogna, D., Fici, A., Henry, H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 77, according to which it is noted that the lack or failure of appropriate mechanisms to safeguard undertaking activities in specific sectors cannot justify the prohibition of cooperatives operating in all sectors of the economy.

Moreover, the locality criteria introduced by the new law on both legal and physical persons of the EC as a prerequisite for their adherence set unnecessary obstacles to the EC growth of its membership base, while leaving out various potential members. Such rules also raise questions on their compliance with the open-door principle as stated in ICA and prescribed in PECOL⁶⁵, as well as with the constitutionally established self-governance of the cooperatives in ar. 12.4 of the Greek Constitution.

Furthermore, the allocation of surpluses in the EC seems rather problematic before as well as after their dissolution/liquidation, since the distinctive financial structure of cooperatives and in particular the different function of surpluses and profits in the cooperative is not being taken properly into account. In particular, the legislator seems to polarize the institution of the EC by implicitly dividing it into the not-for-profit and for-profit EC. The former resembles in some of their attributed traits the general interest cooperatives which pursue mainly the common good of the community, such as by introducing an absolute clause of reserves' indivisibility and the latter EC seem closely associated with the investor owned model of enterprise, as they are permitted to allocate all the surpluses as well as their remainder after dissolution/liquidation to their members. Nevertheless, a middle ground solution of the EC functioning as a cooperative with a mutual purpose, providing part of its surpluses as patronage refunds to its members based on their cooperative transactions and in the event of its dissolution allocating the remainder to other cooperatives is not foreseen by the provisions of L. 4513/2018.

Overall, the new law on energy communities is added to the plethora of cooperative specific laws, further fragmenting the legal landscape of Greek cooperatives. Nevertheless, it introduces some positive traits to the EC, and from this aspect it may be viewed as a positive step forward. However, several provisions seem rather inconsistent with the cooperative values and principles and need to be re-examined, so that the new law may reach its full potential and contribute to the country's transition to the green energy and energy democracy.

6. BIBLIOGRAPHY

ATANASIOU, B., KONTONASIOU, E., MARIOTTINI, F., *Alleviating fuel poverty in the EU: Investing in home renovation, a sustainable and inclusive solution*, Buildings Performance Institute Europe (BPIE), 2014.

AVDELIDIS, P., *The agricultural cooperative movement in Greece* (in Greek), 2nd ed., Athens, Papazisi Editions, 1976.

⁶⁵ Sec 1.3 (6) PECOL: "Cooperative statutes may make membership subject to reasonable conditions related to their particular type or objective, without gender, social, ethnic, racial, political or religious discrimination or artificial restriction of membership".

- BELLIS, V., *The case of the Energy cooperative company of Karditsa*, Korinthos Chambers, 18th of February 2018.
- DAGTOGLOU, P., *Constitutional Law - Civil rights*, Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2005.
- DOUVITSA, I. *The provisions on the company name of cooperatives according to cooperative legislation-* in Greek, Editors' Newspaper, 30th of July 2018.
- DOUVITSA, I. «Supervision and audit of the Greek agricultural cooperatives: A critical approach on legislation», *European Business Law Review* 29 (2018).
- DOUVITSA, I., «National constitutions and cooperatives. An overview», *International Journal of Cooperative Law* 1 (2018).
- Explanatory report of draft law “Energy communities and other provisions”, 14th of November 2017.
- FAJARDO GARCIA, I.G., Spain in: Cracogna, D., Fici, A., Henrý (eds), H. *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013.
- FAJARDO, G., FICI, A., HENRÝ, H., HIEZ, D., MEIRA, M., MUNKNER, HH., SNAITH, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017.
- FAJARDO, G., The European legal framework, does it promote renewable energy self-consumption cooperatives?, International Cooperative Alliance (ICA) European Research Conference “Cooperatives in a rapidly changing world: Innovation in Enterprise and Community”, 4 July 2018 until Fri 6 July 2018, Wageningen, Netherlands.
- FJØRTOFT, T., GJEMS-ONSTAD, O, Norway and Scandinavian countries, in: Cracogna, D., Fici, A., Henrý, H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013.
- HENRÝ, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, 3rd ed., Geneva, International Labour Organization, 2012.
- HENRÝ, H., Public International Cooperative Law, in Cracogna, D., Fici, A., Henrý, H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013.
- HENRÝ, H., Finland, in: Fajardo, G., Fici, A., Henrý, H., Hiez, D., Meira, M., Munkner, HH., Snaith, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017.
- ILIOPOULOS, C., VALENTINOV, V., «Opportunism in Agricultural Cooperatives in Greece». *Agriculture* 41 (2012).
- International Cooperative Alliance, *Guidance notes to the co-operative principles*, 2015.
- International Labour Office (ILO), Cooperatives Unit (ENT/ COOP), Green Jobs Program., *Providing clean energy and energy access through cooperatives*, Geneva, ILO, 2013
- JONES, S., Social causes and consequences of energy poverty, in Csiba, K., Bajomi, A., Gosztonyi, A., *Energy poverty handbook*, Brussels, European Union, 2016.
- KAMINARI, O., PAPAGEORGIOU, K., «The concept of surpluses, profits and net income in cooperatives in Greek», *Social Economy*, April's Volume, Athens, Institute for Cooperative Studies, 2016.
- KASSAVETIS, D., *Cooperative Institutions I. Agricultural Cooperative Organizations* (in Greek), Athens, Katsarou, 2005.
- KINTIS, S., *Cooperative Law* (in Greek), Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2004.

- KLIMI-KAMINARI, O., PAPAGEORGIOU, K., *Social economy: A first approach* (in Greek), Athens, Ellinoekdotiki, 2010.
- KLIMI-KAMINARI, O., *The relations between state and cooperatives in Greece for the development of the agricultural population* (in Greek), Athens, Panteion University of Social and Political Sciences, 2003.
- LAMBROPOULOU-DEMETRIADOU, B., Assessment of the Greek Cooperative Legislation, in Papageorgiou, K., (ed.), *An Assessment of Greek Cooperative Institutions* (in Greek), Athens, Institute of Cooperation, 1995.
- MAVROGIANNIS, D. *Sociology of Law Courses: University lectures* (in Greek), Athens, Sakkoulas, 1980.
- MAVROGIANNIS, D., *The Social Right of Cooperatives*, in *Five Years of Implementation of the Constitution of 1975* (in Greek), Komotini, DUTH, 1981.
- MEIRA, D., Legal obstacles to the creation of renewable energy communities under cooperative form in Portugal: Coopernico as a case study, International Cooperative Alliance (ICA) European Research Conference “Cooperatives in a rapidly changing world: Innovation in Enterprise and Community”, 4 July 2018 until Fri 6 July 2018, Wageningen, Netherlands.
- MEIRA, D., Portugal, in: Fajardo, G., Fici, A., Henry, H., Hiez, D., Meira, M., Munkner, HH., Snaith, I., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge, Intersentia, 2017.
- MUNKNER, HH., Germany, in: Cracogna, D., Fici, A., Henry, H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer, 2013.
- PANAS, E., *Research on energy poverty in Greece in Greek*, Department of Statistics, Athens University of Economics and Business, 2012.
- PATRONIS, V., MAVREAS, K., «Agricultural cooperative organizations in Greece throughout the 20th Century: A Critical Overview», *Journal of Rural Cooperation* 32 (2004).
- Public Consultation Report for the draft law “energy communities and other provisions”, July 2017, Hellenic Democracy, Ministry of Environment and energy.
- ROELANTS, B. Capital building in industrial and service cooperatives, in: *The capital conundrum for cooperatives*, 2016, International Co-operative Alliance.
- SANTAMOURIS, M., PARAVANTIS, JA., FOUNDA, D., «Financial crisis and energy consumption: a household survey in Greece», *Energy and Buildings* 65 (2013).
- SNAITH, I. (2013). United Kingdom, in: Cracogna, D., Fici, A., Henry, H. (eds), *International handbook of cooperative law*, Heidelberg, Springer.
- SOTIROPOULOS, D., CHRISTOPOULOS, L., *Overregulation and bad quality laws in Greece*, Athens, Dianeosis, 2017.
- THOMSON, HR, SNELL, C.J., «Quantifying the prevalence of fuel poverty across the European Union», *Energy policy* 52 (2013).
- XRYSOGONOS, K., *Civil and Social Rights* (in Greek), Athens, Nomiki Vivliothiki, 2006.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 40 (2017-2018), páxs. 59-85
ISSN: 1130-2682

AS COOPERATIVAS E OS REGIMES
DO BENEFICIÁRIO EFETIVO

*COOPERATIVES AND THE BENEFICIAL
OWNER LEGAL REGIMES*

MARIA ELISABETE RAMOS*

Recepción: 12/07/2018 - Aceptación: 17/10/2018

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Email: mgramos@fe.uc.pt. Endereço postal: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Av. Dias da Silva, 165, 3004-512 Coimbra.

RESUMO

A Lei 89/2017, de 21 de agosto, transpõe para a ordem jurídica nacional o Capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo às informações sobre o beneficiário efetivo. O Estado Português cumpriu estas obrigações internacionais relativas às “informações sobre o beneficiário efetivo”, através da criação do registo interno do beneficiário efetivo e do *registo central do beneficiário efetivo*.

O artigo analisa e discute as novas obrigações declarativas a cargo da cooperativa e dos seus membros, previstas na Lei 89/2017, e as sanções previstas para o incumprimento de uma e outras.

PALAVRAS-CHAVE: beneficiário efetivo, registos do beneficiário efetivo, «proprietário legal», cooperativas, incumprimento da lei e sanções.

ABSTRACT

The Portuguese Law n. ° 89/2017, 21st august transposes into the Portuguese legal system the Chapter III of the Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 may 2015, regarding the beneficial ownership information. The Portuguese State complies with its international obligations regarding the «beneficial ownership information» by the legal provisions on the corporate register of beneficial ownership and on the central register of the beneficial ownership.

This paper highlights the new reporting obligations which are imposed to the legal owner, set forth by the Law n.º 89/2017, and debates the sanctions for the noncompliance of such obligations.

KEY WORDS: beneficial ownership, beneficial ownership registers, «legal owner», cooperatives, breach of the law and sanctions.

SUMÁRIO: 1. COOPERATIVAS E PREVENÇÃO DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS. 1.1. A Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho. 1.2. Reações legais ao branqueamento de capitais através de “corporate vehicles”. 2. LEI 89/2017 E AS REGRAS QUE NÃO ALTERADAS. 2.1. Identificação do cooperador e de membro investidor no ato de constituição da cooperativa. 2.2. Regras relativas ao cumprimento da obrigação de entrada em dinheiro e de outras contribuições que não integram o capital social. 3. SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELA LEI 89/2017. 4. DUALIDADE DE REGISTOS DO BENEFICIÁRIO EFETIVO - O REGISTO INTERNO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO. 4.1. Critérios para a determinação do beneficiário efetivo. 4.2. Criação e organização do registo interno do beneficiário efetivo. 4.3. As novas obrigações declarativas de membros da cooperativa. 5. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DECLARAÇÕES INEXACTAS OU DEFICIENTES. 6. DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO PERMANENTE DO REGISTO INTERNO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO. 7. DO REGISTO CENTRAL DO BENEFICIÁRIO EFETIVO – PUBLICIDADE E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 8. DO INCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DA OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO A CARGO DO MEMBRO DA COOPERATIVA – ALGUMAS INTERROGAÇÕES JURÍDICAS. 9. SANÇÕES APLICÁVEIS À COOPERATIVA. 10. A DIRETIVA (UE) 2018/843 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 30 DE MAIO DE 2018. 11. QUESTÕES RELATIVAS À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 89/2017. 12. CONCLUSÃO. 13. BIBLIOGRAFIA E OUTRAS FONTES.

CONTENTS: 1. COOPERATIVES AND THE PREVENTION OF THE MONEY LAUNDERING. 1.1. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015. 1.2. Legal reactions to the money laundering through corporate vehicles. 2. LAW 89/2017 AND THE UNCHANGED RULES. 2.1. Nomination of the cooperative member at the cooperative incorporation act. 2.2. Rules on the cooperative member’s contributions. 3. MAIN REFORMS INTRODUCED BY THE LAW 89/2017. 4. TWO BENEFICIAL OWNER REGISTERS – THE INTERNAL BENEFICIAL OWNER REGISTER. 4.1. Criteria to determine the beneficial owner. 4.2. Creation and management of the internal beneficial owner register. 4.3. The cooperative members’ communication obligations. 5. LIABILITY ARISING FROM INCORRECT INFORMATION. 6. COMPLIANCE WITH THE OBLIGATION TO UPDATE THE INTERNAL BENEFICIAL OWNER REGISTER. 7. BENEFICIAL OWNER CENTRAL REGISTER – PUBLICITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS RESTRICTIONS. 8. UNJUSTIFIED BREACH OF THE COOPERATIVE MEMBERS’ OBLIGATIONS – SOME LEGAL ISSUES. 9. SANCTIONS APPLICABLE TO THE COOPERATIVE. 10. DIRECTIVE (EU) 2018/843 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 30 MAY 2018. 11. SOME LEGAL ISSUES RELATED TO THE LAW 89/2017 ENTERING INTO FORCE. 12. CONCLUSION. 13. BIBLIOGRAPHY AND OTHER RESOURCES.

1 COOPERATIVAS E PREVENÇÃO DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

1.1. A Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho

A Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015¹, conhecida internacionalmente como 4th AMLD, pretende que os Estados-Membros alcancem os seguintes resultados²: a) assegurar que o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo são proibidos; b) exigir que as instituições de crédito, as instituições financeiras e determinados profissionais adotem medidas de *due diligence* na sua relação com os clientes ou quando participam em transações de certo valor; c) garantir que estas pessoas e entidades reportam a entidades competentes o conhecimento ou as suspeitas de que estão a ter lugar atividades de lavagem de dinheiro ou de financiamento de terrorismo; e) exigir que estas pessoas mantenham *registos e informações* relativas à sua clientela e ao estabelecimento de relações comerciais; f) impor que estas pessoas adotem políticas e procedimentos apropriados, para cumprir as imposições da Diretiva e a previsão sanções apropriadas para o incumprimento de tais obrigações³.

¹ Trata-se da Diretiva relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. A Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2018 altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Esta última diretiva tem por “objetivo abranger todas as utilizações potenciais das moedas virtuais” (considerando 10).

² Sobre as anteriores três diretivas dedicadas ao branqueamento de capitais, v. George Walker, Robert Purves, Michael Blair, *Financial Services Law*, 4th edition, 2018, 14.41 e ss.

³ Um dos aspetos que ganha cada vez mais expressão é a questão relativa às criptomoedas e ao crime de lavagem de dinheiro. Kay Firth-Butterfield, Richard Brent, Tom Grant, Part. VIII Future of the International Law of Tainted Money, 24 Virtual Currencies, Artificial Intelligence, and Emerging Legal Questions”, *Banks and Financial Crime: The international law of tainted Money*, 2nd edition, Oxford Legal Research Library, 2017, pág.9, identificam que o principal risco suscitado pelas criptomoedas, do ponto de vista do combate ao branqueamento de capitais, é que “Virtual currency enables a user to avoid contact with the institution on which modern anti-money laundering law heretofore has relied”. Uma das formas de regular a criptomoeda é sujeitá-la aos instrumentos de supervisão da Diretiva que previne o branqueamento de capitais. Com muito interesse sobre o funcionamento da tecnologia *blockchain*, criptomoedas e branqueamento de capitais, v. Philipp Paech, “The governance of blockchain financial networks”, *Modern Law Review*, 80, 6 (2017), pág.1073, ss, que sublinha o anonimato propiciado pela tecnologia *blockchain*, e por outro lado, a inexistência ou desnecessidade de intermediários nas operações feitas através das redes *blockchains*. Justamente, tendo em conta os riscos suscitados por esta tecnologia, está a ser preparada uma Diretiva que venha sujeitar a regulação as chamadas “moedas virtuais”. É interessante, neste contexto, o Parecer do Banco Central Europeu, *Opinion of the European Central Bank of 12 October 2016 on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the*

Reconhece esta Diretiva que o “branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo ocorrem com frequência num contexto internacional” e que a “ação da União deverá continuar a ter particularmente em conta as Recomendações do GAFI⁴ e os instrumentos de outros organismos internacionais de luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo⁵. A fim de reforçar a eficácia da luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, os atos legislativos pertinentes da União deverão, quando adequado, ser alinhados com os Padrões Internacionais de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação adotados em fevereiro de 2012 pelo GAFI (as «Recomendações revistas do GAFI»⁶. (Considerando 4).

Uma das recomendações do GAFI alerta os países para a necessidade de serem adotadas medidas destinadas a “impedir a utilização abusiva das pessoas coletivas para fins de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo.” Acrescenta, ainda, o GAFI que “os países deveriam assegurar que existe informação adequada, exata e atualizada sobre os beneficiários efetivos e sobre o controlo das pessoas coletivas, suscetível de ser obtida ou consultada em tempo útil, pelas autoridades competentes”⁷.

use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC (CON/2016/49), que, entre outros aspetos, salienta que “virtual currencies’ do not qualify as currencies from a Union perspective”. O Banco Central Europeu propõe que a definição de moeda virtual deve ser revista: “More recent digital currencies, which are based on more sophisticated distributed ledger and block chain technology, have a large array of uses that go beyond payment purposes, including for example, online casinos. In the light of that above, the ECB suggests that the proposed directive also refers to other possible uses of virtual currencies in the proposed definition of that term”. Na doutrina portuguesa, v. Mendes Correia, F., «A tecnologia descentralizada de registo de dados (*Blockchain*)», *O novo Direito dos Valores Mobiliários. I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, coord. de Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 447, ss. No domínio dos seguros, v. Alarcón Fidalgo, Joaquín, «La aportación del uso masivo de datos (big data) y de la cadena de bloques (*blockchain*) a la cadena de valor del seguro», *RES*, 173 (2018), pág. 63, ss.

⁴ Acrónimo para Grupo de Ação Financeira (em inglês, *Financial Action Task*) que é um organismo intergovernamental instituído em 1989.

⁵ Em novembro de 2017, o sistema português de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa foi avaliado com nota máxima no plenário do Grupo de Ação Financeira – GAFI/FATF. O relatório está disponível em <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-portugal-2017.html> (acesso em 7 de maio de 2018). O relatório é claro em sublinhar que «Progress still needs to be made regarding the understanding of the beneficial ownership (BO) requirements».

⁶ Veja-se as Recomendações, elaboradas em 2012, pelo Grupo de Ação Financeira intituladas na versão original «International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism. & Proliferação» (disponíveis em <[www. http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html](http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html)>. Consultadas em 8 de julho de 2018).

⁷ Trata-se da Recomendação 24, inserida no capítulo relativo à «transparência e beneficiários efetivos de pessoas coletivas e entidades sem personalidade jurídica (*legal arrangements*)». As Recomendações do GAFI estão disponíveis em <<http://www.fatf-gafi.org>>.

Para quem quer praticar crimes ou atividades ilícitas, o anonimato proporcionado por determinadas pessoas coletivas é uma vantagem. Justamente, a virtuosa separação subjetiva (pessoa coletiva/membros) e o anonimato dos membros são suscetíveis de serem degradados em instrumentos de ocultação de identidade de autores de crimes e, tornarem-se peças de atividades criminosas^{8/9}.

O branqueamento de capitais surge definido no art. 1º, n.º 3, da Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015, mas de modo abreviado e sintético podemos caracterizar este crime como o processo mediante o qual o dinheiro proveniente de atividades ilícitas sofre transformações várias no fim das quais aparenta ter sido gerado por atividades lícitas¹⁰. Neste circuito de branqueamento de capitais, as pessoas que obtêm dinheiro através de fontes ilícitas precisam de construir uma aparência de licitude na obtenção de tais rendimentos. Para tanto, entre outros expedientes, são introduzidos neste circuito de branqueamento de capitais “corporate vehicles” que, através de expedientes vários, contribuem para ofuscar a origem ilícita do dinheiro e dar-lhe uma «capa» de licitude.

É tradicional (e antiga) a afirmação (usada em diversos contextos) que o «sol é o melhor desinfetante». Quer-se, por intermédio dela, valorizar a transparência, a clareza e os benefícios que ela comporta. O Grupo de Ação Financeira (GAFI) elege a *transparência* como um dos mecanismos idóneos a prevenir que as sociedades sejam degradadas em instrumentos de branqueamento de capitais, dedicando a Secção E das suas recomendações de 2012 ao tema da «transparência e beneficiários efetivos de pessoas coletivas e entidades sem personalidade jurídica (*legal arrangements*)». Em matéria de transparência e beneficiários efetivos, o GAFI recomenda «que os países deveriam adotar medidas para impedir a utilização abusiva das pessoas coletivas para fins de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Os países deveriam assegurar que existe informação adequada, exata e atualizada sobre os beneficiários efetivos e sobre o controlo das

⁸ O sigilo profissional é considerado nas nossas sociedades como um instrumento virtuoso a que vários profissionais estão deontologicamente vinculados. Pense-se, por exemplo, no caso dos advogados. O que acontece é que, a coberto de tal sigilo, e desvirtuando-o para fins ilícitos, pode a reserva e segredo por ele garantidos serem usados para fins ilícitos ou criminosos. A Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho impõe aos Estados-Membros que a «consultoria jurídica deverá continuar a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o membro de profissão jurídica independente participar em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o membro de profissão jurídica independente estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos».

⁹ OECD, *Behind the corporate veil. Using corporate entities for illicit purposes*, 2001, pág.1, s.

¹⁰ Para a definição de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico português, v. também o art. 2º, 1, j), da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

peças coletivas, suscetível de ser consultada, em tempo útil, pelas autoridades competentes».

Acolhendo as recomendações do GAFI, a Diretiva 2015/849 é perentória em afirmar que é «necessário identificar todas as pessoas singulares que detêm a propriedade ou o controlo de uma pessoa coletiva» (Considerando 12). A identificação não só do «proprietário legal» como de beneficiário(s) efetivo(s) de participações sociais é uma das medidas de transparência destinadas a prevenir a utilização de sociedades para atividades ilícitas de branqueamento de capitais (Considerando 12 da Diretiva (UE) 2015/849). O Considerando (14) da Diretiva é claro ao eleger a «necessidade de dispor de informações exatas e atualizadas sobre o beneficiário efetivo como o fator essencial para rastrear os agentes do crime, que de outro modo poderão dissimular a sua identidade numa estrutura societária»¹¹.

Para cumprir este resultado, a Diretiva exige que os Estados-Membros assegurem que as *entidades* (e não só entidades societárias) constituídas nos seus territórios «obtem e conservam informações suficientes, exatas e atuais sobre os seus beneficiários efetivos, além das informações básicas como a denominação social e o endereço, a prova de constituição e a estrutura de propriedade» (Considerando (14) da Diretiva). Por outro lado, os Estados-Membros «devem assegurar o armazenamento das informações sobre o beneficiário efetivo num registo central situado *fora da sociedade*»¹² (Considerando (14) da Diretiva).

1.2. Reações legais ao branqueamento de capitais através de “corporate vehicles”

A ordem jurídica portuguesa tipifica o crime de branqueamento no art. 368º-A do Código Penal¹³, enquanto crime contra a realização da justiça. Crime que, nos termos da legislação vigente, pode ser praticado por pessoas coletivas.

Como manifestação da superação do dogma “*societas delinquire non potest*”¹⁴, o art. 11º, 2, do Código Penal, determina que “as pessoas coletivas e entidades

¹¹ O beneficiário efetivo é “a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou controlo do cliente e ou a pessoa ou pessoas singulares por conta de quem é realizada uma operação ou atividade (art. 2º, n.º 1, h), da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto). Sobre a titularidade por conta de participações sociais”, v. José Engrácia Antunes, “A titularidade por conta de participações sociais – breve apontamento”, *DSR*, 10, 19(2018), 51, ss.

¹² O itálico não consta do texto original.

¹³ Alterado pelo art. 186º da Lei 83/2017, de 18 de agosto. Este diploma estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho.

¹⁴ V. com muito interesse Faria Costa, J., «Responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou a reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)», in: *Direito*

equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos (...) no[s] artigo[s] 368.º-A (...) quando cometido[s]: a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem”¹⁵. A este crime o Código Penal reage com a *pena de dissolução* decretada pelo tribunal quando “a pessoa coletiva ou entidade equiparada tiver sido criada com a intenção exclusiva ou predominante de praticar os crimes indicados no n.º 2 do artigo 11.º ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa coletiva ou entidade equiparada está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito, por quem nela ocupe uma posição de liderança” (art. 90º-F do Código Penal). Nos restantes casos, aplicar-se a pena de multa, nos termos do art. 90º-B, do Código Penal.

Embora muito relevante, a reação jurídico-penal *não é a única reação* contra o branqueamento de capitais, através de pessoas coletivas, designadamente cooperativas. Na ordem jurídica portuguesa, nos termos do art. 141º, 1, *d*), do CSC, a ilicitude superveniente do objeto contratual (designadamente porque a sociedade se degrada em instrumento de branqueamento de capitais) constitui uma das causas de “dissolução imediata” da sociedade¹⁶. Segundo o art. 141º, 2, do CSC, os sócios podem deliberar, por maioria simples dos votos, produzidos na assembleia, o *reconhecimento* da dissolução e, bem assim, pode qualquer sócio, sucessor de sócio, credor da sociedade ou credor de sócio de responsabilidade ilimitada promover a justificação notarial ou o procedimento simplificado de justificação¹⁷.

À luz do art. 112º, 1, *h*), Código Cooperativo de 2015 (CCoop)¹⁸, constitui *causa de dissolução* a «decisão judicial transitada em julgado que verifique que a cooperativa não respeita no seu funcionamento os princípios cooperativos, que

penal económico e europeu: textos doutrinários, vol., I. *Problemas gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 501, ss; Aires de Sousa, S., «Societas publicas (non) delinquere potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português», *Actas do XV Encuentro AECA Nuevos caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos*, 20-21 de setembro de 2012, Obra digital, disponível em <<http://www.aeca.es/xvencuentroaeca/cd/7f.pdf>>.

¹⁵ V. Ramos, Maria Elisabete, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 64, ss; Aires de Sousa, S., «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica* 98, Vol. II, 2009/2010, Coimbra, pág.1005, ss.

¹⁶ V. Costa, Ricardo, «Artigo 141º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pág. 630, ss.

¹⁷ V. Costa, Ricardo, «Artigo 142º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pág. 647, ss.

¹⁸ Aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, e alterado pela Lei n.º 66/2017, de 9 de agosto.

utiliza sistematicamente meios ilícitos para a prossecução do seu objeto ou que recorre à forma de cooperativa para alcançar indevidamente benefícios legais»¹⁹. Assim, na eventualidade de uma determinada cooperativa se degradar em instrumento de branqueamento de capitais e essa prática ilícita for reconhecida por sentença transitado em julgado, a referida cooperativa é objeto de dissolução e, posteriormente, liquidado e partilhado o seu património (arts. 113º e 114º do CCoop.)²⁰.

Estas reações destinadas a punir a utilização de pessoas coletivas como peças da engrenagem de branqueamento de capitais não são suficientes para a eficaz prevenção de tais atividades ilícitas. Para lá destas, há que dotar a ordem jurídica de medidas preventivas (e de outras medidas repressivas) de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. É este o caminho seguido pela Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 que, em Portugal, foi transposta pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e mais tarde, pela Lei 89/2017, de 21 de agosto.

Entre muitas outras medidas de transparência, a Lei 83/2017, de 18 de agosto, o art. 34º, 1, antecipa que “as informações sobre os beneficiários efetivos são registadas no registo central do beneficiário efetivo, o qual é regulado por legislação específica”. Transpondo o Capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, e dando cumprimento ao art. 34º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, a Lei 89/017²¹ aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo²².

O presente artigo pretende estudar os impactos que os regimes jurídicos do beneficiário efetivo poderão ter quer para a cooperativa e para os membros da cooperativa (ou seja, cooperadores e membros investidores).

Para cumprir este objetivo, o artigo:

- a) Identifica e analisa as principais alterações introduzidas pela Lei 89/2017, de 21 de agosto;

¹⁹ Sobre esta causa de dissolução das cooperativas e a sua justificação, v. Cunha, C., «Artigo 112º», *Código Cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Meira, Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018, ponto 1.1. (no prelo).

²⁰ Sobre o processo de liquidação e partilha de património, v. Cunha, C., «Artigo 113º», *Código Cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Aparício Meira, Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo). Sobre as particularidades do destino do património cooperativo em liquidação, v. Meira, Deolinda, «Artigo 114º», *Código Cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Meira, Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo). Nos termos do art. 4º, e), do CCoop., a dissolução e o encerramento da liquidação estão sujeitos a registo comercial. Trata-se de registo obrigatório comercial obrigatório, nos termos do art. 15º, nº 1, do CRCCom.

²¹ Para o conhecimento das medidas de transposição adotadas por outros Estados-Membros, v. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/NIM/?uri=celex:32015L0849>>.

²² Sobre os benefícios privados do controlo, v. Cancela de Abreu, Miguel, «Private benefits of controlo – Do aproveitamento pessoal do controlo societário», DSR, 8, 15 (2015), pág.151, ss.

- b) Caracteriza o registo interno do beneficiário efetivo e o registo central de beneficiário efetivo e sublinha as diferentes funções, naturezas e regras que os distinguem;
- c) Elenca as novas obrigações declarativas a cargo do membro da cooperativa perante esta e evidencia o dever de o órgão de administração e de representação dotar a cooperativa de um registo interno do beneficiário efetivo cuja organização a Lei n.º 89/2017 não regula;
- d) Autonomiza as obrigações declarativas da cooperativa perante o Registo Central do Beneficiário Efetivo;
- e) Questiona as sanções aplicáveis ao membro da cooperativa incumpridor da sua obrigação de informação perante a sociedade;
- f) Evidencia as severas sanções aplicáveis à cooperativa que não cumpra as suas obrigações perante o registo central do beneficiário efetivo;
- g) Discute a constitucionalidade de alguns dos aspetos de regime do registo central do beneficiário efetivo, tendo em conta tutela constitucional da proteção de dados pessoais e a proteção da iniciativa cooperativa.

2 LEI 89/2017 E AS REGRAS QUE NÃO SÃO ALTERADAS

2.1. Identificação do cooperador e de membro investidor no ato de constituição da cooperativa

A Lei 89/2017, de 21 de agosto, que aprova o Regime do Registo Central do Beneficiário efetivo, não introduziu alterações nos requisitos relativos à identificação dos membros da cooperativa no ato constituinte. Assim, nos termos do art. 13º, 1, *h*), do CCoop. , a ata da assembleia de fundadores deve identificar os fundadores que tiverem aprovado a ata e, por força do art. 13º, 1, *i*), do CCoop. , deve incluir a identificação dos membros investidores quando os houver. Ora o ato constituinte da sociedade é *obrigatoriamente* inscrito no registo comercial, nos termos dos arts. 4º, *a*), 15º, 1, do CRCom. Por força do art. 70º, 1, *b*), do CRCom., é *obrigatória* a publicação do ato de registo de constituição da cooperativa.

A Lei 89/2017, de 21 de agosto, deixa intocadas as regras relativas ao registo e publicidade dos atos de constituição da cooperativa e identificação de *cooperadores e membros investidores*.

2.2. Regras relativas ao cumprimento da obrigação de entrada em dinheiro e de outras contribuições que não integram o capital social

Recorde-se que o propósito último da Diretiva (UE) 2015/849 é «prevenir a utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de

financiamento do terrorismo». A Diretiva reconhece que «a realização de pagamentos de elevados montantes em numerário é altamente vulnerável ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo» (Considerando (6)).

O que nos conduz às regras relativas ao *cumprimento da obrigação de entrada em dinheiro* nas cooperativas (art. 84º, 1, do CCoop.) e de outras contribuições (em dinheiro) que não integram o capital social (como sejam as joias de admissão ou a emissão de títulos de investimento ou de obrigações, nos termos do art. 90º). Efetivamente, importa apurar se estas regras

Embora o CCoop. não o diga expressamente, parece que, por força do art. 9º do CCoop. e do art. 277º, 3, do CSC., o *montante das entradas em dinheiro* deve ser depositado em conta bancária aberta em nome da cooperativa. Quanto às restantes contribuições em dinheiro que não integram o capital social (art. 90º do CCoop.), o Código Cooperativo nada diz sobre a obrigatoriedade de serem depositadas em conta bancária da cooperativa.

3 SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELA LEI 89/2017

O quadro jurídico-cooperativo português existente à data da entrada em vigor da Lei 89/2017, de 21 de agosto, não é suficiente para cumprir as exigências da Diretiva 2015/849 (em particular, o Capítulo III) pois aquele versa a «propriedade legal» da participação social e não o beneficiário efetivo.

A Diretiva exige que os Estados-Membros assegurem que as *sociedades* constituídas nos seus territórios «obtem e conservam informações suficientes, exatas e atuais sobre os seus beneficiários efetivos (...) e a estrutura de propriedade» (Considerando (14)). Por outro lado, os Estados-Membros «devem assegurar o armazenamento das informações sobre o beneficiário efetivo num registo central situado *fora da sociedade*» (Considerando (14)).

Estas exigências da União Europeia em matéria de transparência quer quanto à «estrutura de propriedade» da entidade quer quanto ao «beneficiário efetivo» (Considerando (14)) são concretizadas no Capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, intitulado «informações sobre os beneficiários efetivos».

A abrir este III Capítulo, o art. 30º, 1 da Diretiva (UE) 2015/849 determina que «Os Estados-Membros asseguram que as entidades societárias e outras pessoas coletivas constituídas no seu território são obrigadas a obter e conservar informações suficientes, exatas e atuais sobre os seus beneficiários efetivos, incluindo dados detalhados sobre os interesses económicos detidos». Além disso, impõe o mesmo art. 30º, 1, 2º parágrafo que «Os Estados-Membros asseguram que essas entidades são obrigadas a apresentar às entidades obrigadas, além das informações sobre o proprietário legal, informações sobre o beneficiário efetivo,

quando as entidades obrigadas tomarem medidas de diligência quanto à clientela nos termos do Capítulo II».

Na ordem jurídica nacional, a Lei 89/2017, de 21 de agosto, transpõe o Capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio. Fá-lo pela aprovação do Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo (RRCBE) e, além disso, no que tange as *cooperativas*, pelas seguintes inovações legislativas: *a*) identificação dos beneficiários efetivos das participações sociais nos documentos que formalizem a constituição de *cooperativa* (arts. 3º, e 7º da Lei 89/2017, e art. 3º do RRCBE); *b*) registo *interno* do beneficiário efetivo (arts. 4º e 7º da Lei 89/2017, e art. 3º do RRCBE); *c*) obrigação de informação a cargo do *membro da cooperativa* e consequências jurídicas do incumprimento injustificado (arts. 5º e 7º da Lei 89/2017, e art. 3º do RRCBE); *d*) previsão de sanções que reagem ao incumprimento pela cooperativa das obrigações declarativas (arts. 6º e 7º da Lei 89/2017, e arts. 3º e 34º do RRCBE), *e*) alterações legislativas em vários diplomas legais.

4 DUALIDADE DE REGISTOS DO BENEFICIÁRIO EFETIVO - O REGISTO INTERNO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO

4.1. Critérios para a determinação do beneficiário efetivo

Membros da cooperativa são, nos termos dos arts. 19º e 20º do CCoop. , os *cooperadores* e os *membros investidores*. Tanto uns como outros podem ser pessoas singulares ou pessoas coletivas. Os membros da cooperativa são, usando as expressões da Diretiva (EU) 2015/849, os «proprietários legais».

Quem são os *beneficiários efetivos* dos interesses económicos detidos por cooperadores ou por membros investidores? A esta pergunta o Código Cooperativo não responde. A definição de *beneficiário efetivo* é oferecida no art. 3º, 6, da Diretiva (UE) 2015/849 que o caracteriza como «a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo do cliente e/ou a pessoa ou pessoas singulares por conta de quem é realizada uma operação ou atividade». Segue-se a aplicação/concretização deste *critério genérico* em caso das «entidades societárias» (art. 3º, 6, *a*)), dos «fundos fiduciários (*trusts*)» (art. 3º, 6, *b*)) e de «pessoas coletivas como fundações e centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica similares a fundos fiduciários» (art. 3º, 6, *c*)). Expressamente, a Diretiva *não oferece* a concretização do referido critério genérico para o caso das cooperativas. Também o art. 30º da Lei 83/2017 não apresenta um critério específico de identificação do beneficiário efetivo para as entidades de natureza cooperativa.

Na ordem jurídica portuguesa mantém-se a discussão em torno da questão de saber se as cooperativas são ou não sociedades. No entanto, a opinião dominante

considera que as cooperativas *não são sociedades*²³. Por consequência, a questão que se levanta é a de saber se o critério de determinação do beneficiário efetivo, o caso das cooperativas, é o que se aplica às entidades societárias (art. 30º, 1, da Lei 83/2017) ou é outro o critério aplicável.

Parece-me que, ainda que se considere que as cooperativas não são sociedades, o critério ou critérios de determinação do beneficiário efetivo deve(m) ser construídos tendo como ponto de partida o que se encontra definido no art. 30º da Lei 83/2017 para as sociedades. Tanto as sociedades como as cooperativas são pessoas coletivas de base pessoal; em ambas os membros participam (ou podem participar, no caso dos membros investidores) no capital social; em ambas os membros podem ser pessoas coletivas; às cooperativas aplica-se como direito subsidiário o direito das sociedades e, em particular, o direito das sociedades anónimas. Estas razões justificam que se construa, por conseguinte, o critério de determinação do beneficiário efetivo, a partir das regras vigentes para o direito das sociedades. Não esquecendo, contudo, as especificidades próprias da identidade cooperativa.

4.2. Criação e organização do registo interno de beneficiário efetivo

Na transposição do Capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, o legislador português optou por um modelo em que as informações sobre o beneficiário efetivo constam de *dois registos*: o *registo interno do beneficiário efetivo* (arts. 4º e 5º da Lei 89/2017) e o *registo central do beneficiário efetivo* (previsto e regulado pelo Regime Jurídico do Registo Central de Beneficiário Efetivo (RJRCBE)).

O primeiro é de *natureza e gestão privadas* e segundo é de *natureza e gestão públicas*²⁴. O *registo central de beneficiário efetivo* é gerido pelo Instituto dos Registos e do Notariado, IP. (art. 2º do RRCBE), que disponibiliza em página eletrónica (art. 19º do RJRCBE) *parte* do vastíssimo acervo de informação constante desta base de dados. Tem, por conseguinte, *natureza pública*, quer quanto à entidade gestora quer quando ao acesso à informação.

²³ V. Coutinho de Abreu, J. M., «Artigo 2º», *Código cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Aparício Meira/Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo), ponto 3.; Ramos, Maria Elisabete, *Direito comercial e das sociedades. Entre as empresas e o mercado*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 157, ss.

²⁴ Este modelo *dual de registos* também é seguido pelo Reino Unido. «Since 6 April 2016 most companies, LLPs, and SEs have been required to hold a register of people with significant control and file the information on their register with Companies House. From 26 June 2017, unregistered companies and some listed companies will also be subject to these requirements. Also from 26 June 2017, eligible Scottish partnerships will be required to file information on their people with significant control (PSCs) with Companies House» - *Guidance for registered and unregistered companies, societates europaeae, limited liability partnerships, and eligible Scottish partnerships (Scottish limited partnerships and Scottish qualifying partnerships)*, Department for Business, energy and Industrial Strategy, June 2017, pág.1, disponível em www.gov.uk/government/publications.

Em ambos os registos são inscritas informações sobre *os seus membros*, com discriminação das respetivas participações sociais. Em ambos, a informação deve ser suficiente, exata, atual (arts. 4º, 2, da Lei 89/2017, e art. 1º do RJRCBE). O que se compreende porque, várias entidades, designadamente, as instituições financeiras, dependem de tal informação para a tomada de decisões (arts. 29º e ss. da Lei 83/2017).

No que às cooperativas diz respeito, o *registo interno* do beneficiário efetivo, previsto no art. 4º da Lei 89/2017²⁵, é criado e gerido por *cada cooperativa*, tem *natureza privada* (quer quanto à entidade gestora quer quanto ao acesso à informação) e está ao serviço, essencialmente, das obrigações declarativas *da cooperativa*.

Será dever do órgão de administração e de representação da cooperativa que, no âmbito dos *deveres de cuidado*²⁶, prepare a estrutura organizatória de modo a que seja «instalado» e mantido atualizado o registo do beneficiário efetivo e assegure que acervo de informações cumpre integralmente as funções para que foi criado. No âmbito dos *deveres de cuidado* (art. 46º, 1, *b*), do CCoop.), em particular do dever de «controlo ou vigilância organizativo-funcional»²⁷, compete aos administradores da cooperativa instalar e vigiar o funcionamento desta base de dados e a eles compete que ela seja devidamente atualizada e cumpra as exigências postas pela lei²⁸.

A Lei 89/2017 é parca em pormenores sobre este registo interno do beneficiário efetivo e sobre o que se deve entender por «elementos de identificação» (art. 4º, 1). O art. 4º da Lei 89/2017 impõe que «as sociedades devem manter um registo atualizado dos elementos de identificação», que abrange: *a*) os sócios, com a discriminação das respetivas participações sociais; *b*) as pessoas singulares que detêm, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, a propriedade das participações sociais; *c*) quem, por qualquer forma, detenha o respetivo controlo.

Esta norma, diretamente dirigida às sociedades comerciais, é aplicável «com as necessárias adaptações» às *cooperativas* (art. 7º da Lei 89/2017, e art. 3º, 1, *a*), do RRCBE). Uma das primeiras questões a resolver, de modo a concretizar as «ne-

²⁵ Esta disposição é aplicável às cooperativas por força da remissão combinada dos arts. 7º da Lei 89/2017 e art. 3º, 1, *a*), do RRCBE.

²⁶ Sobre os deveres de cuidado dos administradores da cooperativa, v. Costa, Ricardo, «Artigo 46º», *Código Cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo).

²⁷ Coutinho de Abreu, J. M., «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 20.

²⁸ Sobre o dever de legalidade dos administradores, v. Carneiro da Frada, M., «O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores», *DSR*, 8 (2012), pág.65, ss.; Ramos, Maria Elisabete, «Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades», *DSR*, ano 6, vol. 11 (2014), pág.107, ss.

cessárias adaptações», é a de averiguar que *sujeitos* devem estar identificados no registo interno do beneficiário efetivo. Parece-me que, tendo em conta o teor dos arts. 19º e 10º do CCoop. , o registo interno deve recolher os elementos de identificação dos *cooperadores* (sejam eles fundadores ou não) e, caso existam, dos *membros investidores*. Ainda que sujeitos a *estatutos jurídicos distintos*, ambos são *membros da cooperativa* e, por tal razão, compõem a respetiva base subjetiva. Acresce que, relativamente a cooperadores e a membros investidores, justificam-se as mesmas exigências de identificação que se encontram consagradas para os sócios no art. 4º da Lei 89/2017. Tanto cooperadores como membros investidores detêm *interesses económicos* relativamente à cooperativa – para os *cooperadores*, considere-se, a título de exemplo, a participação na atividade económica da cooperativa (art. 21º, 1, a), do CCoop.) ou a distribuição de excedentes, e para os *membros investidores* considere-se a retribuição financeira do seu investimento, seja ele feito a título de subscrição de títulos de capital ou de subscrição de títulos de investimento (art. 20º, 2, do CCoop.).

Tanto cooperadores como membros investidores *podem não ser pessoas singulares* e tanto uns como outros podem ser controlados por *pessoas singulares* que, essas sim, são os beneficiários efetivos dos interesses económicos detidos na cooperativa. Assim, parece-me que, relativamente às cooperativas, o registo interno do beneficiário efetivo deve integrar, de modo suficiente, exato e atual, os *elementos de identificação* de *cooperadores*, com a discriminação das respetivas participações no capital da cooperativa e, quanto aos membros investidores, a sua identificação e dos *interesses económicos detidos*²⁹ (seja a participação em capital social, através de subscrição de títulos de capital, seja a subscrição de títulos de investimento).

A Lei 89/2017 é omissa sobre a forma como se organiza este registo interno que as cooperativas estão obrigadas a criar e a manter permanentemente atualizado. É certo que os comerciantes, conforme o art. 30º do Código Comercial, na redação dada pelo DL 76-A/2006, beneficiam da liberdade de organização mercantil³⁰. Todavia, parece-me, que um dos aspetos que os titulares do órgão de administração e de representação devem atender na organização do registo interno do beneficiário efetivo é a *lista de informações* que a cooperativa, no *cumprimento do seu dever de declarar* ao registo central do beneficiário efetivo (arts. 3º, 1, a), 5º do RJRCBE), deve incorporar na «declaração do beneficiário efetivo», tal como se encontram discriminadas nos art. 8º e 9º do RJRCBE.

²⁹ V. o art. 30º, 1, da (UE) Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015.

³⁰ Sobre esta liberdade de organização mercantil, v. J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. I. *Introdução, Atos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pág.189, com apreciação crítica da reforma introduzida pelo DL 76-A/2006, de 29 de março.

Que cooperativas estão abrangidas? Eu diria que *todas as cooperativas*, sejam elas primeiro grau ou de grau superior, seja qual for o ramo em que se integrem e seja qual for a dimensão. Trata-se de uma exigência legal que envolverá a necessidade de adequar organizacionalmente a cooperativa e implicará os inerentes custos de incumprimento.

4.3. Novas obrigações declarativas a cargo de membros da cooperativa

Quem “alimenta” este registo cooperativo e interno do beneficiário efetivo? Em primeiro lugar, a *cooperativa* quando nele inscreve os elementos de identificação relativas: *a)* aos *cooperadores* e, eventualmente, *membros investidores fundadores* e respetivas participações na cooperativa e *b)* ao beneficiário efetivo, tal como resultam do ato constituinte da cooperativa. Parece ser o que resulta do art. 3º da Lei 89/2017, adaptado às cooperativas por força dos arts. 7º da Lei 89/2017 e do art. 3º, 1, *a)*, do RRCBE. Parece, pois, que o art. 3º da Lei 89/2017 consagra um *novo dever legal* a cargo de membros fundadores - o de, no ato constituinte da cooperativa, *identificarem a pessoa singular-beneficiário efetivo das participações na cooperativa*.

As informações prestadas pelos membros fundadores da cooperativa sobre quem é o beneficiário efetivo das participações devem ser *verdadeiras, exatas e atuais*. Por força do art. 9º do CCoop., os membros da cooperativa estão sujeitos a responsabilidade civil prevista no art. 71º do CSC, relativa à “responsabilidade quanto à constituição da sociedade”³¹³². Efetivamente, o n.º 1 prevê a responsabilidade civil pela “inexatidão e deficiência das indicações e declarações prestadas com vista à constituição da sociedade”, apresentando, por comparação ao regime geral da responsabilidade civil, certas particularidades em matéria de *culpa* e de *ilicitude*³³. Na verdade, as indicações e declarações referidas no art. 71º, 1, parecem dizer respeito a informações prestadas com vista à constituição da sociedade. Justamente, o art. 3º da Lei 89/2017 consagra uma manifestação de tal *dever de exatidão* – do dever de o membro da cooperativa identificar, para efeitos ato constituinte, com exatidão e completeza a identificação da *pessoa singular que é*

³¹ Coutinho de Abreu, J. M./ Ramos, Maria Elisabete, «Artigo 7º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pág.882, ss. V. tb. Aires de Sousa, Susana, «Responsabilidade criminal por informações falsas ou incompletas sobre a vida da sociedade comercial», *E depois do Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Colóquios, nº 6 (2016), Almedina, Coimbra, pág. 67, ss.; Aires de Sousa, Susana, «Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o Bem Jurídico?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12 (2002), n.º 1, janeiro-março, Coimbra Editora, Coimbra, pág.49, ss..

³² Nos termos do art. 38º do RRCBE, «quem prestar falsas declarações para efeitos do registo do beneficiário efetivo, para além da responsabilidade criminal em que incorre, nos termos do art. 348º-A do Código Penal, responde civilmente pelos danos a que der causa».

³³ Coutinho de Abreu, J. M./ Ramos, Maria Elisabete, «Artigo 71º», cit., pág. 889.

o beneficiário efetivo. Informação que a cooperativa irá inscrever no seu registo privado de beneficiário efetivo.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DECLARAÇÕES INEXATAS OU DEFICIENTES

O art. 71º, 1, do CSC comina com *responsabilidade civil solidária* a prestação de informações inexatas ou deficientes. Trata-se de uma responsabilidade dos membros fundadores *perante a cooperativa* assente na violação de disposições legais que consagram deveres dos fundadores *perante a sociedade*. E embora tais normas possam garantir também interesses de outros sujeitos (sócios e credores), parece não haver razões que afastem a natureza obrigacional da responsabilidade dos fundadores perante a cooperativa³⁴. Da *natureza obrigacional* da responsabilidade resulta que se presume a culpa dos fundadores (art. 799º, 1, do CCiv.). Esta presunção de culpa beneficia a cooperativa, porque, invertendo o ónus da prova da culpa (art. 350º, 1, do CCiv.), dispensa-a de provar este requisito de responsabilidade civil³⁵. Para os efeitos do art. 71º, 1, os fundadores são responsáveis perante a sociedade a título de dolo ou de negligência.

Efetivamente, a insuficiência ou a inexatidão das informações prestadas pelos membros fundadores sobre a pessoa singular beneficiário efetivo pode ser causalmente adequado a provocar danos no património da cooperativa – danos provocados pelas *coimas* ou *outras sanções* aplicadas em razão do incumprimento das obrigações a cargo da cooperativa (v. arts. 6º da Lei 89/2017 e 37º da Lei 89/2017, esta última norma relativa ao incumprimento das obrigações declarativas por parte da cooperativa³⁶).

6 DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO PERMANENTE DO REGISTO INTERNO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO

Tendo a cooperativa promovido a *primeira inscrição* no registo interno, socorrendo-se das informações colhidas no ato constituinte (art. 3º da Lei 89/2017), *é obrigação de todo o membro da cooperativa* informar a cooperativa de qualquer alteração aos elementos de identificação previstos no art. 4º (art. 5º, 1, da Lei 89/2017). Esta obrigação legal de informação deve ser cumprida no (curto) prazo de 15 dias a contar da alteração.

Em face dos arts. 4º e 5º da Lei 89/2017, importa questionar se *a cooperativa* pode atualizar/completar o registo do beneficiário efetivo socorrendo-se de

³⁴ Coutinho de Abreu, J. M./ Ramos, Maria Elisabete, «Artigo 71º», cit., pág. 888

³⁵ Coutinho de Abreu, J. M./ Ramos, Maria Elisabete, «Artigo 71º», cit., pág.889.

³⁶ V. *infra*.

outras fontes de informação, que não sejam os seus membros. Por um lado, a Lei 89/2017 não afasta esta possibilidade de a cooperativa se socorrer de outras fontes de informação. Por outro lado, a cooperativa é a *entidade gestora* do registo do beneficiário efetivo e a ela compete assegurar que a informação nele reunida seja suficiente, exata e atual. Além disso, enquanto *declarante*, a cooperativa deve comunicar (nomeadamente ao registo central) *informações suficientes, exatas e atuais* sobre o beneficiário efetivo (arts. 1.º, 3.º do RRCBE). Acresce que o incumprimento do dever de atualizar o registo de beneficiário efetivo e do dever de declarar implica a aplicação de coimas (art. 6.º da Lei 89/2017) e as sanções previstas no art. 37.º do RJRCBE.

Não sendo um registo de acesso público, para que serve este registo privado-cooperativo de beneficiário efetivo? Essencialmente, este registo do beneficiário efetivo reúne a informação necessária ao cumprimento das obrigações declarativas *a cargo da cooperativa*. Retira-se esta conclusão dos arts. 4.º, 2, 7.º da Lei 89/2017, e do art. 3.º, 1, a), do RRCBE. Por um lado, esta informação será comunicada pela sociedade às «entidades obrigadas» quando a solicitem no âmbito do cumprimento do seu dever de diligência quanto à clientela (art. 33.º da Lei 83/2017). Por outro lado, este registo permite à sociedade cumprir o seu dever de declarar, previsto no art. 5.º do RJRCBE³⁷.

7 DO REGISTO CENTRAL DO BENEFICIÁRIO EFETIVO – PUBLICIDADE E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nem ao membro fundador nem ao beneficiário efetivo são impostas obrigações declarativas para com o registo central do beneficiário efetivo. Incumbe à cooperativa o dever legal de apresentar, junto do registo central, a *declaração de beneficiário efetivo* (arts. 5.º, 8.º do RJRCBE)³⁸. Na declaração do beneficiário efetivo são recolhidos os dados elencados no art. 9.º do RJCCBE.

Nos termos do art. 18.º do RJCBE, «a declaração do beneficiário efetivo é refletida no RCBE por transmissão eletrónica de dados, de acordo com a informação prestada no formulário, a que se refere o n.º 1 do artigo 11.º, desde que tenha sido prestada por pessoa com legitimidade».

São de *acesso público e gratuito* o nome, o mês e o ano do nascimento, a nacionalidade, o país da residência e o interesse económico detido pelo beneficiário efetivo (arts. 19.º, 39.º, 2, do RJRCBE).

³⁷ Recorde-se que a Diretiva (UE) 2015/849, no art. 30.º, 1, impõe que os “Estados-Membros asseguram que [as entidades societárias] são obrigadas a apresentar às entidades obrigadas, além das informações sobre o proprietário legal, informações sobre o beneficiário efetivo, quando as entidades obrigadas tomarem medidas de diligência quanto à clientela nos termos do Capítulo II”. As interpolações não constam do texto original.

³⁸ Sobre o cumprimento da obrigação declarativa, v. o art 11.º do RRCBE.

Este nível de acesso público, através de Internet, desvinculado da invocação de interesse público não é exigido pela Diretiva. Na verdade, o art. 30º, 5, da Diretiva determina que «Os Estados-Membros asseguram que as informações sobre os beneficiários efetivos estão acessíveis em todos os casos: a) Às autoridades competentes e às UIF, sem restrições; b) Às entidades obrigadas, no quadro da diligência quanto à clientela nos termos do Capítulo II; c) A quaisquer pessoas ou organizações que possam provar um interesse legítimo. As pessoas ou organizações a que se refere a alínea c) têm acesso pelo menos ao nome, mês e ano de nascimento, à nacionalidade e ao país de residência do beneficiário efetivo, bem como à natureza e extensão do interesse económico detido.».

Ora, é importante referi-lo, o art. 30º, 5 da Diretiva 2015/849 determina que «quaisquer pessoas ou organizações que possam provar um interesse legítimo» têm acesso pelo menos “ao nome, mês e ano de nascimento, à nacionalidade e ao país de residência do beneficiário efetivo, bem como à natureza e extensão do interesse económico detido”. No processo de transposição para a ordem jurídica interna, o legislador franqueou o acesso público a estes dados pessoais, dispensando o acesso da prova do interesse legítimo, antecipando a solução que, mais tarde, veio a ser consagrada pela Diretiva EU 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2018.

A Comissão Nacional de Proteção de Dados, em parecer que teve por objeto a proposta de lei preparatória do Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo³⁹, apreciou muito criticamente este «nível de acesso público»⁴⁰, constante atualmente do art. 19º do RJRCB. *Eis as objeções* formuladas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados: a) a publicação na *internet* do nome, mês, ano de nascimento, nacionalidade, país de residência e interesse económico detido é desnecessária para a prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo; b) as autoridades encarregadas de combater o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo já têm acesso a essa informação; c) essa publicitação através da *internet* implica a “perpetuação da informação, bem como a sua reprodução e o cruzamento infinitos” que não são travados pelo cancelamento do registo do beneficiário efetivo.

Segundo a Comissão Nacional de Proteção de Dados, a exposição na *internet* das referidas informações pessoais restringe excessivamente os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e pela proteção dos dados pessoais, consa-

³⁹ Trata-se do Parecer n.º 29/2017, relativo ao Processo n.º 6841/2017.

⁴⁰ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer 29/2017, pág.5 v. Segundo este Parecer, o legislador justifica este «nível de acesso público» em duas vertentes: «promove uma maior transparência e, simultaneamente, assegura a cabal execução das obrigações fixadas na Diretiva (UE) n.º 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, no que tange à garantia de acesso de qualquer interessado a um conjunto fundamental de dado, sem a necessidade de densificação do conceito de «interesse legítimo»».

grados no arts. 26º, 1, e 35º da CRP e arts. 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O art. 22º do Regime do Registo do Beneficiário Efetivo prevê restrições especiais de acesso, em caso de risco de fraude, rapto, extorsão, violência ou intimidação, ou quando o beneficiário efetivo for incapaz ou menor.

8 DO INCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DA OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO A CARGO DO MEMBRO DA COOPERATIVA – ALGUMAS QUESTÕES JURÍDICAS

Determina o art. 5º, n.º 3, da Lei n.º 89/2017 que o «incumprimento injustificado do dever de informação pelo sócio, após a notificação prevista no número anterior, permite a amortização das respetivas participações sociais, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, designadamente nos seus artigos 232º e 347º».

O *incumprimento injustificado* do dever de informação a cargo do sócio permite que a sociedade amortize a participação social, com a consequente *extinção* desta. Extinguindo-se a participação social cessa também a «propriedade indireta» de tais participações sociais e cessa a extração, por essa via, de benefícios económicos. Este parece ter sido o propósito desta inovação legislativa. Perante a *opacidade* sobre quem é o beneficiário efetivo, resultante da não atualização, da insuficiência e inexactidão da informação, corta-se o mal pela raiz, extinguindo a participação social⁴¹.

Quando aplicado o art. 5º, n.º 3, da Lei n.º 89/2017 às cooperativas, a questão que se põe é a de saber qual é sanção aplicada ao membro da cooperativa que incumprir a obrigação de informação. Sabendo que o Código Cooperativo não prevê a figura da amortização de participação social, qual é a sanção aplicável, depois de introduzidas as «necessárias adaptações»? Parece que a questão é a de saber qual é a sanção que, o regime jurídico-cooperativo, tem efeitos equiparáveis à amortização de quotas ou de ações. O que não é uma questão simples porque, desde logo, o CSC não apresenta um regime unitário de amortização de participações sociais. Assim, com diferentes regimes jurídicos, é regulada, por um lado, a amortização de quota e, por outro a amortização de ações. E, neste último caso, o CSC distingue entre a amortização *sem redução do capital social* (art. 346º do CSC) e a *amortização com redução do capital social* (art. 347º do CSC).

Parece, no entanto, que o art. 5º, 3, da Lei n.º 89/2017 pretende que, perante o incumprimento injustificado do sócio, a sociedade delibere amortizar a quota do sócio incumpridor (e, por consequente, extinguir a participação social) ou

⁴¹ Sobre este tema, Ramos, Maria Elisabete, «Controlo de identidade dos sócios - alguns problemas recentes», *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo).

delibere amortizar as ações e, conseqüentemente, extinguir a participação social e, neste caso, reduzir o capital social (art. 347º, 5, do CSC). Ou seja, parece que a Lei 89/2017 pretende que, perante o incumprimento injustificado do sócio e a opacidade sobre quem é o beneficiário efetivo, a sociedade reaja *extinguindo a participação social*.

Parece, pois, que as «necessárias adaptações» (art. 7º da Lei 89/2017), requeridas para permitir a aplicação do art. 5º, 3, da Lei 89/2017 às cooperativas não-de respeitar o resultado que a lei pretende que seja obtido – ou seja, *extinguir-se a qualidade de membro da cooperativa*. Mas para que a cooperativa sancione o incumprimento injustificado com a perda de qualidade de membro, terá de atuar no contexto dos quadros jurídico-cooperativos em vigor, uma vez que a Lei 89/2017 não alterou o Código Cooperativo.

O «regime disciplinar» aplicável a *cooperadores* está previsto no art. 25º do CCoop. e contempla, enquanto *sanção mais grave*, a *exclusão* (art. 25º, 1, *e*), do CCoop.), sendo que compete à *assembleia geral* a aplicação da referida sanção (art. 25º, 6, do CCoop.). Tendo em conta o teor literal do art. 25º do CCoop. , ele não se aplica a membros investidores, mas tão-só a *cooperadores*. O que suscita a questão de saber se a sanção de exclusão é ou não aplicável também a membros investidores⁴².

Acontece, ainda, que a exclusão de membro (cooperador ou membro investidor) exige a «violação grave e culposa» enquanto o art. 5º da Lei 89/2017 exige tão-só um incumprimento injustificado. *Quid iuris*, se o incumprimento injustificado da obrigação de informação não configurar, em concreto, uma violação grave e culposa? Será, ainda, lícito excluir o membro da cooperativa ou tal deliberação da cooperativa será inválida? Este é um dos muitos problemas que a aplicação do art. 5º, 3, da Lei 89/2017 suscita.

9 SANÇÕES APLICÁVEIS À COOPERATIVA

O incumprimento do membro da cooperativa da sua “obrigação de informação” não é causa justificativa de incumprimento das suas obrigações declarativas perante o registo central do beneficiário efetivo. Este parece ter sido o objetivo da lei, quando permite que o incumprimento injustificado do membro da cooperativa determine a extinção da qualidade de membro, deliberada pela própria cooperativa.

A que sanções se expõe a cooperativa que não cumpre as suas obrigações declarativas?

⁴² Almeida Martins, André, «Artigo 25º», *Código Cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Meira/Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018, nt. 6 (no prelo), pronuncia-se no sentido de que o art. 25º também se aplica aos membros investidores.

O incumprimento do dever de manter o registo societário do beneficiário efetivo constitui contraordenação punível com coima de 1000 euros a 50 000 euros (art. 6º, 1, da Lei 89/2017). Aplica-se o regime dos ilícitos contraordenacionais contemplado na Lei 83/2017 (art. 6º, 2, da Lei 89/2017). A entidade competente para aplicar esta coima é, nos termos do art. 121º, 3, do CCoop. competem à Cooperativa António Sérgio para a Economia Social.

A cooperativa incumpridora de obrigações declarativas perante o RCBE expõe-se a sanções mais graves e severas que se encontram previstas no art. 37º do RRCBE. O que indicia que a lei dá muito mais relevo ao incumprimento da obrigação declarativa perante o registo central do beneficiário efetivo do que ao registo societário de beneficiário efetivo. O que se compreende, tendo em conta a função jurídico-social deste último

Por fim, o art. 38º do RRCBE, com o objetivo de assegurar a veracidade das informações prestadas “para efeitos do registo do beneficiário efetivo”, determina que quem prestar falsas declarações, para além da responsabilidade criminal em que incorre, nos termos do art. 348º-A do Código Penal, responde civilmente pelos danos a que der causa”.

10 A DIRETIVA (UE) 2018/843 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 30 DE MAIO DE 2018

Em 19 de junho de 2018 foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia a Diretiva UE 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que introduz importantes modificações à Diretiva 2015/849. Estas alterações são justificadas pela necessidade de a União Europeia se adaptar às novas ameaças, designadamente no que se refere à forma como os “grupos terroristas financiam e conduzem as suas operações” (considerando 2).

Há, pois, nas palavras da Diretiva de 2018 que criar um ambiente “hostil” aos criminosos (considerando 4), *designadamente* pelo reforço de transparência “das estruturas societárias” e de outras pessoas coletivas (considerandos 2, 3). Quer-se, desta forma, evitar que os criminosos dissimulem a sua identidade em estrutura societária. Ressalva esta Diretiva de 2018 que a luta contra o terrorismo e o financiamento do terrorismo deve respeitar o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, bem como a observância e a aplicação do princípio da proporcionalidade (c. 5).

Como criar um clima hostil aos criminosos? A Diretiva responde que tal desiderato é conseguido pelo *acesso do público* (designadamente imprensa) a informações sobre os beneficiários efetivos e estruturas de controlo das sociedades, especialmente em sistemas de governo das sociedades que se caracterizam por uma concentração da propriedade (considerando 30).

Ouçamos a Diretiva de 2018: “Os Estados-Membros deverão, pois, permitir o acesso a informações sobre os beneficiários efetivos das entidades societárias (...) de uma forma suficientemente coerente e coordenada, através dos registos centrais (...) estabelecendo uma regra clara de acesso público, de modo que terceiros possam verificar, em todo o território da União, quem são os beneficiários efetivos”. O que vai ser conseguido através da interconexão dos registos centrais dos Estados-Membros que possuem informações sobre os beneficiários efetivos, através da Plataforma Central Europeia.

Em consequência, é alterado, designadamente, o art. 30º da Diretiva 2015/849 (sobre beneficiários efetivos de entidades societárias). Eis as principais alterações: *a)* clarifica-se que são os *beneficiários efetivos* quem fornece às entidades societárias todas as informações necessárias, designadamente sobre o interesse económico detido; *b)* o “interesse legítimo” deixa de ser critério de acesso do público às informações sobre os beneficiários efetivos de entidades societárias (art. 30º, 5, c)); *c)* os “membros do público” podem ter acesso a, pelo menos, ao nome, mês e ano de nascimento, país de residência e de nacionalidade do beneficiário efetivo, bem como à extensão do interesse económico detido; *d)* permite que os Estados-Membros franqueiem o acesso público a informações adicionais, como a data de nascimento e os dados de contacto, em conformidade com as normas relativas à proteção dos dados.

Eu diria que alguns destes resultados já estão consagrados na legislação portuguesa. Se não vejamos: *a)* o art. 19º do RRCBE prescinde do “critério público” para franquear o acesso público a dados pessoais de beneficiários efetivos; *b)* o art. 19º, 1, *b)*, do RCBE permite o acesso público a “nome, o mês e ano de nascimento, a nacionalidade, o país de residência e o interesse económico detido” pelo beneficiário efetivo.

É *questionável* em que medida a publicitação do mês, ano ou data de nascimento é necessária e absolutamente imprescindível para prevenir a utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento de terrorismo.

A Diretiva UE 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018 tem de ser transposta até 10 de janeiro de 2020.

11 QUESTÕES RELATIVAS À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 89/2017

A Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, fixou um período de *vacatio legis* de 90 dias, contados após a data da publicação (art. 25º). Ressalva-se, no entanto, o disposto na norma transitória do art. 22º da Lei 89/2017 relativa à «primeira declaração inicial relativa ao beneficiário efetivo». Ora, esta deve ser cumprida no «prazo definido por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça».

Por outro lado, o art. 23º da Lei 89/2017 determina que a «regulamentação prevista no Regime Jurídico do RCBE (...) é publicada no prazo de 90 dias, a contar do dia seguinte ao da publicação da presente lei». Embora prometida a publicação no prazo de 90 dias, «a contar do dia seguinte ao da publicação» da lei, a verdade é que tal regulamentação ainda não foi publicada.

Um dos aspetos do regime que necessita de regulamentação da Portaria é a definição do *formulário eletrónico* através do qual a cooperativa (e outras entidades) irá cumprir a sua obrigação declarativa perante o Registo Central do Beneficiário Efetivo (art. 11º, 1, do RRCBE).

Entretanto a Comissão Nacional de Proteção de Dados, no Parecer n.º 23/2018, também se pronunciou sobre o projeto de portaria e manifestou várias reservas. Em síntese, a CNPD recomenda: *a)* o formulário dever refletir as circunstâncias indiciadoras de beneficiário efetivo elencadas no arts. 30º a 34 da Lei 83/2017; *b)* as pesquisas no RCentral do Beneficiário efetivo devem ser feitas através do número civil e não do número fiscal; *c)* deve ser regulado o acesso às informações por parte das entidades competentes, de modo a restringi-lo aos casos em que há motivo; *d)* o projeto deve indicar quem, no interior das organizações públicas, pode ter acesso aos dados constantes do Registo do Beneficiário Efetivo.

A Comissão Nacional de Proteção de dados pessoais reafirma as fragilidades constitucionais da norma que permite a divulgação pública de dados pessoais dos beneficiários efetivos.

12 CONCLUSÃO

A Lei 89/2017, de 21 de agosto, transpõe para a ordem jurídica interna o Capítulo III da Diretiva EU 2015/849, dedicado às «Informações sobre o beneficiário efetivo». Impondo aos Estados-Membros que as informações sobre o proprietário legal e sobre o beneficiário efetivo sejam conservadas em registo central em cada Estado-Membro, simultaneamente a Diretiva exige que os Estados-Membros assegurem que as entidades societárias são obrigadas a apresentar às «entidades obrigadas» informações sobre o «proprietário legal» e sobre o «beneficiário efetivo».

O Estado Português cumpriu estas obrigações internacionais relativas às «informações sobre o beneficiário efetivo», criando dois registos do beneficiário efetivo: o *registo interno*, gerido pela cooperativa e de natureza privada e o *registo central do beneficiário efetivo*, de acesso público (ainda que com diferentes níveis de acesso), e gerido pelo Instituto dos Registos e do Notariado, IP.

As modificações legislativas introduzidas pela Lei 89/2017 deixaram intocadas as normas em vigor sobre os registos do ato constituinte da cooperativa e sobre as regras relativas ao cumprimento de obrigação de entrada ou de outras contribuições que não integram o capital social. No entanto, a Diretiva UE 2015/849

é clara em afirmar que a «realização de pagamentos de elevados montantes em numerário é altamente vulnerável ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo» (Considerando (6)).

No que tange o estatuto de membro da cooperativa, a Lei 89/2017 introduziu *novas obrigações declarativas* para com a cooperativa.

Na verdade, a Lei 89/2017 exige que no ato constituinte seja identificado o *beneficiário efetivo* da participação social (art. 3º da Lei 89/2017). Salvo melhor opinião, parece que esta norma impõe que cada membro da cooperativa identifique, para efeitos do ato constituinte, a pessoa singular que é o beneficiário efetivo. O que configura, parece, uma declaração/informação do membro da cooperativa com vista à constituição da sociedade. Esta obrigação de declaração do membro da cooperativa, perante esta, está sujeita aos requisitos do art. 71º do CSC, por força do art. 9º do CCoop, relativo à responsabilidade quanto à constituição da sociedade. Por força desta disposição, as declarações inexatas ou incorretas causadoras de danos à sociedade são sancionadas com a responsabilidade civil contratual do membro da cooperativa.

Para além dessa obrigação declarativa, o membro da cooperativa encontra-se obrigado a informar a cooperativa de toda a alteração aos elementos de identificação constantes do n.º 1 do art. 4º da Lei 89/2017. Ou seja, o membro da cooperativa deve informar a cooperativa de alterações relativas aos seus *elementos de identificação* e da sua participação social, como lhe compete comunicar à sociedade as alterações aos *elementos de identificação do beneficiário efetivo*. Esta obrigação declarativa deve ser cumprida no prazo de 15 dias a contar da data da alteração.

O registo do beneficiário efetivo parece estar ao serviço das obrigações declarativas da própria cooperativa seja relativamente ao registo central do beneficiário efetivo, seja para satisfazer as solicitações das chamadas «entidades obrigadas» a deveres de diligência quanto à sua clientela. O membro da cooperativa não tem obrigações declarativas relativamente ao registo central do beneficiário efetivo.

A enciclopédica base de dados do registo central do beneficiário efetivo apresenta vários níveis de acesso às suas informações. Alguns das informações sobre o beneficiário efetivo são de acesso público através da Internet, nos termos do art. 19º da RJRCBE, dispensando o legislador português que tal acesso esteja submetido ao crivo do «interesse legítimo». A Comissão Nacional de Proteção de Dados analisa de forma muito crítica este acesso público através da *internet* e considera tal solução legislativa inconstitucional, porque desnecessária para proteção da integridade do sistema financeiro.

Também é suscetível de suscitar dúvidas quanto à adequação constitucional a extinção potestativa da qualidade de membro da cooperativa, como reação ao incumprimento injustificado da obrigação de informação do sócio. É questionável se a extinção da participação social constitui a medida justa para reagir a qualquer

incumprimento injustificado a obrigação de informar por parte do membro da cooperativa.

13 BIBLIOGRAFIA E OUTRAS FONTES

- ABREU, J. M. Coutinho de , «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007.
- ABREU, J. M. Coutinho de, *Curso de direito comercial*, vol. I. *Introdução, Atos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.
- ABREU, J. M. Coutinho de / Ramos, Maria Elisabete, «Artigo 71º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- ABREU, J. M. Coutinho DE «ARTIGO 2º», *Código cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Meira/Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo).
- ABREU, Miguel Cancela de, «Private benefits of controlo – Do aproveitamento pessoal do controlo societário», *DSR*, 8, 15 (2015).
- ALARCÓN FIDALGO, Joaquín, «La aportación del uso masivo de datos (big data) y de la cadena de bloques (blockchain) a la cadena de valor del seguro», *RES*, 173 (2018)
- ANTUNES, José Engrácia, «A titularidade por conta de participações sociais – breve apontamento», *DSR*, 10, 19 (2018).
- CORREIA, F. Mendes, «A tecnologia descentralizada de registo de dados (*Blockchain*)», *O novo Direito dos Valores Mobiliários. I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, coord. de Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2017.
- COSTA, J. de FARIA, «Responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou a reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)», in: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol., I. *Problemas gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- COSTA, Ricardo, «Artigo 141º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- COSTA, Ricardo, «Artigo 142º», *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- CUNHA, C., «Artigo 112º», *Código Coopeativo anotado*, coord. de Deolinda Meira, Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo).
- CUNHA, C., «Artigo 113º», *Código Coopeativo anotado*, coord. de Deolinda Meira, Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo).
- FIRTH-BUTTERFIELD, Kay; BRENT, Richard; GRANT, Tom, *Part. VIII Future of the International Law of Tainted Money, 24 Virtual Currencies, Artificial Intelligence, and Emerging Legal Questions, Banks and Financial Crime: The international law of tainted Money*, 2nd edition, Oxford Legal Research Library, 2017.
- FRADA, M. Carneiro da, «O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores», *DSR*, 8 (2012).
- Guidance for registered and unregistered companies, societates europaeae, limited liability partnerships, and eligible Scottish partnerships (Scottish limited partnerships and Scottish*

- qualifying partnerships*), Department for Business, energy and Industrial Strategy, June 2017, disponível em www.gov.uk/government/publications.
- MARTINS, André Almeida, «Artigo 25º», *Código Cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Meira/Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo).
- MEIRA, Deolinda, «Artigo 114º», *Código Cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Meira, Maria Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo).
- OECD, *Behind the corporate veil. Using corporate entities for illicit purposes*, 2001
- PAECH, Philipp, «The governance of blockchain financial networks», *Modern Law Review*, 80, 6 (2017).
- Parecer do Banco Central Europeu, *Opinion of the European Central Bank of 12 October 2016 on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC (CON/2016/49)*
- RAMOS, Maria Elisabete, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010.
- RAMOS, Maria Elisabete, «Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades», *DSR*, 6, vol. 11 (2014).
- RAMOS, Maria Elisabete, *Direito comercial e das sociedades. Entre as empresas e o mercado*, Almedina, Coimbra, 2018.
- RAMOS, Maria Elisabete, «Controlo de identidade dos sócios - alguns problemas recentes», *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2018 (no prelo).
- SOUSA, S. Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 98, Vol. II, 2009/2010.
- SOUSA, Susana Aires DE, «Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o Bem Jurídico?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12 (2002), n.º 1, janeiro-março, Coimbra Editora, Coimbra.
- SOUSA, S. Aires de, «Societas publicas (non) delinquere potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português», *Actas do XV Encuentro AECA Nuevos caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos*, 20-21 de setembro de 2012, Obra digital, disponível em <<http://www.aeca.es/xvencuentroaeca/cd/7f.pdf>>.
- SOUSA, Susana Aires de, «Responsabilidade criminal por informações falsas ou incompletas sobre a vida da sociedade comercial», *E depois do Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Colóquios, n.º 6, Almedina, Coimbra, 2016.
- WALKER, George; Purves, Robert; Blair, Michael, *Financial Services Law*, 4th edition, 2018.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL

Núm. 40 (2017-2018), págs. 87-104
ISSN: 1130-2682

NOTAS SOBRE LOS CÓDIGOS DE BUEN
GOBIERNO CORPORATIVO EN EL ÁMBITO
DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

*NOTES ON THE GOOD CORPORATE GOVERNANCE
CODES IN THE FIELD OF COOPERATIVE SOCIETIES*

MANUEL BOTANA AGRA*

Recepción: 15/05/2018 - Aceptación: 11/10/2018

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Santiago de Compostela. Dirección de correo electrónico: manuel.botana@usc.es.

RESUMEN

Los Códigos de Buen Gobierno Corporativo surgieron para corregir la deficiencias de los instrumentos de supervisión y control de las organizaciones empresariales.

En relación a ello se examinarán los valores de las cooperativas a fin de determinar si es necesario incorporar en dichas cooperativas los Códigos de Buen Gobierno Corporativo para reforzar su gobierno.

También se analizará si las empresas cooperativas pueden adaptarse a los Códigos de Buen Gobierno comunes a empresas no cooperativas o, en cambio, por su concreta naturaleza y características necesitan de unos Códigos propios, adaptados a ellas.

PALABRAS CLAVE: Códigos de Buen Gobierno Corporativo, sociedades cooperativas, identidad cooperativa.

ABSTRACT

The Good Corporate Governance Codes emerged to correct the deficiencies of the supervisory and control instruments of business organizations.

In this regard, the values of the cooperatives will be examined in order to determine if it is necessary to incorporate the Good Corporate Governance Codes in the cooperatives in order to strengthen their government. It will also be analyzed whether the cooperative companies can adapt to the common Good Corporate Governance Codes to non-cooperative companies or, however, due to their specific nature and characteristics they need their own Codes, adapted to them.

KEY WORDS: Good Corporate Governance Codes, cooperative societies, cooperative identity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. IDENTIDAD COOPERATIVA Y GOBIERNO CORPORATIVO. 3. CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO Y SOCIEDADES COOPERATIVAS. 3.1. Preliminar. 3.2. Gobierno corporativo y Cooperativas. 3.3. La implantación de Códigos de Buen Gobierno Corporativo. 3.4. Códigos de Buen Gobierno Corporativos comunes o específicos para las Sociedades Cooperativas. 4. CONCLUSIÓN. 5. SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. COOPERATIVE IDENTITY AND CORPORATE GOVERNANCE. 3. GOOD CORPORATE GOVERNANCE CODES AND COOPERATIVE SOCIETIES. 3.1. Introduction. 3.2. Corporate Government and Cooperatives. 3.3. The implementation of Good Corporate Governance Codes. 3.4. Good Corporate Governance Codes common or specific for Cooperative Societies. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCCIÓN

Como certeramente se ha escrito,¹ la cada vez más intensa disociación entre propiedad y poder en el ámbito de las organizaciones empresariales, así como la progresiva concentración de poder en sus órganos de administración, han dejado al descubierto la vulnerabilidad y debilidad de los tradicionales instrumentos de supervisión y control integrados en la estructura de esas organizaciones. Justamente, con el propósito de corregir las deficiencias de que adolecían esos instrumentos, hace algún tiempo se idearon nuevas fórmulas tendentes a instaurar vías garantes de la transparencia de los gobiernos de las organizaciones empresariales operantes en el tráfico económico. Hacen así su aparición a finales de la década de los años 1990- los denominados Códigos de Buen Gobierno Corporativo en los que se avanzan normas y recomendaciones que tratan de ir más allá de los preceptos impuestos por las Leyes

La técnica de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo pone el énfasis en demostrar cómo el mundo de los negocios puede mejorar la gestión de las empresas y la vida social en general a través de comportamientos transparentes e íntegros, de quienes ocupan sus órganos, en especial de los que concentran mayor poder de decisión (administradores). Y aunque no se dispone todavía de una definición universalmente aceptada sobre estos Códigos, existe una opinión generalizada de que los mismos comprenden acciones voluntarias que van más allá de las obligaciones estrictamente legales en áreas tan beneficiosas para la sociedad

¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Gobierno corporativo. Administración de sociedades mercantiles y responsabilidad", en AA. VV., *Gobierno Corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 90 y ss.

como pueden ser el desarrollo comunitario, la protección medioambiental o el respeto de los derechos humanos y laborales.

Ciertamente, la influencia de los referidos Códigos puede hacerse perceptible, sobre todo, en aspectos que la Ley no contempla o que contempla sólo con carácter meramente dispositivo o facultativo. En este contexto, cabe que el contenido de los Códigos se mantenga como conjunto de normas y recomendaciones autónomo e independiente y cabe también que tal contenido se inserte en otras vías normativas como pueden ser los estatutos sociales o los reglamentos internos del órgano de que se trate. En este segundo supuesto es obvio que el carácter voluntario que poseían las normas como integrantes del Código se convierte en imperativo o de obligado cumplimiento una vez que tales normas se injertan en alguno de los instrumentos normativos rectores del órgano en cuestión.

Aunque el ámbito normativo de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo suele abarcar distintos aspectos organizativos de la entidad empresarial de que se trate, el núcleo fundamental de su contenido suelen constituirlo los aspectos relacionados con la estructura, funcionamiento y control de los órganos de decisión y, más en concreto, del órgano de administración. Centrados precisamente en esta parcela, los Códigos suelen prestar especial atención a temas como la delimitación de las competencias del órgano de administración, a la configuración de la estructura interna de este órgano, a su funcionamiento o a la posición jurídica de las personas integrantes del mismo. Ciertamente, la temática sobre la que los Códigos focalizan sus disposiciones suelen ser objeto también de normas imperativas por la vía de las Leyes, de los estatutos sociales y de los reglamentos internos; normas que, por supuesto, tienen que ser respetadas por los Códigos de Buen Gobierno Corporativo. Ahora bien, sin perjuicio de esto, ocurre que tanto las Leyes como los estatutos y los reglamentos que vierten sus normas sobre el órgano de administración, se mantienen en planos de generalización y de menor detalle que los plasmados en esos Códigos. Dicho en otros términos, los Códigos suelen poner el acento y hacer hincapié en aquellos aspectos o puntos que van más allá de los contemplados en las Leyes, estatutos o reglamentos internos.

Tras la sucinta introducción de carácter general que precede, en las líneas que siguen se focaliza la atención en el papel que juegan o pueden jugar los Códigos de Buen Gobierno Corporativo en el concreto ámbito de las sociedades cooperativas.

2 IDENTIDAD COOPERATIVA Y GOBIERNO CORPORATIVO

Según la Declaración de la ACI sobre la *Identidad cooperativa* (Manchester, 23 de septiembre de 1995), “*las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la autorresponsabilidad, la democracia, la equidad y la solidaridad*”. La *autoayuda* parte de la creencia de que toda persona puede y debe esforzarse

por controlar su propio destino. Sin embargo, dado que el individuo tropieza con importantes limitaciones en la tarea de construir por sí mismo su propio destino, la asociación con los demás le permite superar algunas de esas limitaciones. Por lo demás, los individuos también se desarrollan en el plano personal mediante la acción conjunta y cooperativa, debido al conocimiento que obtienen de los consocios y a las nuevas percepciones que alcanzan sobre la sociedad de la que forman parte; en este sentido, las cooperativas fomentan la educación y el desarrollo de todos los implicados en ellas. Por su lado, la *autorresponsabilidad* significa que los socios asumen la responsabilidad de asegurarse de que la cooperativa de la que forman parte permanece independiente de otras organizaciones públicas o privadas. En tercer lugar, la *democracia* comporta que en las cooperativas interesan las personas en cuanto tales, con independencia de su contribución económica a los fondos patrimoniales; por tanto, la igualdad entre todos los socios es un corolario inherente al valor de la democracia, la cual se manifiesta en la relación: un socio=un voto. De otra parte, la *equidad* hace referencia fundamentalmente al trato que han de recibir los socios en la cooperativa. Ello implica que los socios deben ser recompensados por su participación en la actividad desarrollada por la cooperativa; de esta forma, se distribuyen los excedentes(ganancias) en base a la contribución en la realización de la actividad cooperativizada, y no en base a la especulación. Finalmente, la *solidaridad* asegura en las cooperativas que su acción no es meramente una forma más o menos disimulada de satisfacer un interés personal egoísta; antes bien, implica que la cooperativa debe atender al interés colectivo de sus socios y de la colectividad de su entorno.

Como consecuencia de los principios y valores sobre los que se asienta, la sociedad cooperativa presenta una fisonomía caracterizada, en primer lugar, por la consideración que en ella ostenta el socio en cuanto tal, al margen de su mayor o menor participación en el capital social, hasta el punto de que, con independencia del nivel de esa participación, los socios cooperativistas gozan de una posición igualitaria(cada socio un voto, gestión societaria reservada a los socios, etc.). De otro lado, en la sociedad cooperativa el capital social se rige por el principio de *variabilidad*, es decir, que dentro de ciertos márgenes la cifra del capital puede variar en más o en menos sin que haya que proceder a la modificación del correspondiente precepto estatutario. En tercer lugar se mantiene todavía con fuerza el principio de autogestión, o sea, de reserva de la administración y gobierno de la sociedad al colectivo de los socios en un plano de igualdad Y, por último, en la cooperativa rige un singular sistema de distribución de los beneficios(excedentes),integrado por dos piezas: de un lado, por la irrepartibilidad de un porcentaje de los mismos entre los socios(por ejemplo, los destinados al Fondo de Reserva Obligatorio) y, de otro lado, por el criterio de reparto de los excedentes entre los

socios en función de la participación de éstos en la actividad cooperativizada, y no en función de su participación en el capital social²

En resumen, la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y vocación social son valores que lucen con luz propia en la empresa cooperativa. Así las cosas, cabe preguntarse si los valores sobre los que se asientan estas empresas son por sí mismos suficientes para asegurar el buen gobierno de las mismas sin necesidad de acudir a otros instrumentos o si, no obstante la presencia de tales valores, se considera oportuno y de interés reforzar el gobierno de las cooperativas mediante la incorporación de los llamados *Códigos de Buen Gobierno Corporativo* a las mismas³.

3 CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO Y SOCIEDADES COOPERATIVAS

3.1. Preliminar

En realidad la filosofía y los objetivos a que responden los Códigos de Buen Gobierno Corporativo en absoluto es ajena al mundo de las sociedades cooperativas. Desde sus inicios estas sociedades se vienen caracterizando por imprimir a todas sus acciones y actividades una fuerte impronta social, incluidos sus socios y trabajadores y el entorno social en el que operan. Puede decirse que el movimiento cooperativo, a través de muchas y variadas manifestaciones, ha representado una avanzadilla en el desarrollo y práctica de los objetivos a que responden esos Códigos Sin duda, a ello ha venido contribuyendo la peculiar fisonomía que identifica a las sociedades cooperativas frente a otras organizaciones empresariales. Y así, como un corolario de su estructura democrática basada en la consideración de sus socios más como personas que como simples aportantes de fondos económicos, las cooperativas no limitan sus proyectos y actividades a la mera obtención de ganancias. Esto explica que los valores típicamente cooperativos se traduzcan en autoayuda, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Según la tradición iniciada hace más de siglo y medio, el cooperativismo se asienta en los valores éticos de la honestidad, la transparencia y la responsabilidad social. Así las cosas y sin perjuicio de los inevitables matices que imponen la complejidad y el actual grado de indefinición de la figura, no parece desatinado afirmar que aquellos objetivos hincan sus raíces en la esencia misma de las sociedades cooperativas.

² Sobre estos rasgos propios de la sociedad cooperativa, vid. más ampliamente BOTANA AGRA, M., *Fundamentos de Derecho de Cooperativas de Galicia*, Gallaecia Liber, Santiago de Compostela, 2004, pág. 29 y ss.

³ Para una exposición más detenida sobre la Identidad Cooperativa v. BOTANA AGRA, M., *Fundamentos...op. cit.*, pág. 33 y ss.

Obviamente, la mejora en la gestión y en la responsabilidad empresarial que subyacen a los Códigos de Buen Gobierno Corporativo pueden aportar, para un considerable número de organizaciones empresariales, un nuevo contexto y enfoque. Sin embargo, en el marco de las sociedades cooperativas el esmero por una buena gestión y por una mayor sensibilización en materia de responsabilidad empresarial, constituye una pieza inherente a la dinámica de su estructura y funcionamiento integrando los intereses de los interlocutores y asumiendo de forma espontánea las responsabilidades sociales. Esta internalización de los principios sobre los que se construyen tales Códigos por parte de las cooperativas, tiene sus raíces tanto en sus valores y principios típicos como en su configuración empresarial. En relación con los primeros es innegable que la responsabilidad social y un gobierno transparente ocupan un lugar relevante entre ellos, lo que lleva a considerar las cooperativas como organizaciones empresariales con responsabilidades hacia las comunidades en las que se ubican; y si bien este valor no es exclusivo de las cooperativas, en éstas se manifiesta con rasgos muy acentuados. De esta forma, las cooperativas interiorizan no sólo el objetivo de un apropiado gobierno corporativo sino también el desarrollo sostenible, convirtiendo ambos frentes en elementos esenciales de su especificidad en relación con el resto de las organizaciones empresariales no cooperativas..

Ahora bien, el fuerte y sostenido papel que tradicionalmente han venido jugando en las cooperativas conceptos y valores formulados actualmente en los Códigos de Buen Gobierno, en nada han supuesto una mengua en la contribución efectuada por aquellas al desarrollo económico en condiciones análogas a las de otros agentes económicos; contribución que luce con particular brillo en áreas del proceso productivo especialmente débiles, generando y manteniendo empleo y creando infraestructuras sociales en beneficio, sobre todo, de los entornos locales de origen.

Por lo que respecta a la conformación empresarial de las cooperativas, se advierte que en ellas están implicados los diferentes interlocutores como pueden ser los socios, los trabajadores, los proveedores, los clientes y la comunidad local. El hecho de que, por ejemplo, los socios ostenten la doble condición de propietarios y proveedores y/o consumidores, comporta que sus intereses se tengan en cuenta en los procesos de decisión. De otra parte, la integración de los trabajadores en la dinámica de la cooperativa no se reduce a formar parte de los comités de empresa, sino que permite su participación en los propios consejos rectores y la asunción de la condición de socios de trabajo.

Importa señalar, además, que en los Códigos de Buen Gobierno Corporativo las normas que incorporan suelen ser de procedencia muy heterogénea; y aunque algunas de ellas pueden tener su fuente en el legislador, el núcleo más relevante de las mismas procede de fuentes autónomas: de los propios destinatarios del Código, de asociaciones profesionales o empresariales, de organismos nacionales o in-

ternacionales, etc.⁴. De ordinario, los Códigos de Buen Gobierno recogen normas relativas a la organización, funcionamiento, actividad, pautas de comportamiento, instrucciones y reglas dirigidas a quienes ocupan cargos de gestión, de gobierno y de representación de las empresas⁵.

Entre las fortalezas que se atribuyen a los Códigos de Buen Gobierno Corporativo, suelen destacarse las de favorecer la transparencia en las actuaciones de los órganos de gobierno de la sociedad en todas sus relaciones, reforzar el control de la administración societaria y estimular a los encargados del gobierno corporativo a desempeñar con la debida diligencia y lealtad las funciones propias del cargo. En relación concretamente con las bondades que tales Códigos ofrecen a los administradores de las empresas se tiene afirmado que las prácticas de buen gobierno constituyen un adecuado instrumento para el logro del fin propio de aquéllos, que no es otro que el de ejercer el cargo con la debida eficiencia. Sin duda, el conocimiento de las reglas de esos Códigos puede contribuir a que los administradores y otros responsables del gobierno corporativo tengan ideas claras y precisas sobre qué puede serles exigido o hasta dónde alcanza el compromiso contraído al aceptar el cargo, de este modo, la seguridad y certeza de que hacen lo que deben, redundará positivamente en la eficacia de su gestión. independientemente de si aquéllas se consiguen o no de forma completa a través sólo de normas convencionales⁶.

Ahora bien, los Códigos de Buen Gobierno Corporativo no son fuente de Derecho y su asunción por sus destinatarios es voluntaria. Significa esto que su fuerza de obligar deriva de la sanción o reprobación moral o del mercado en caso de contravención o no asunción de los mismos; de este modo la autodisciplina y el autocontrol ocupan el lugar que corresponde a la coerción referida a la regla jurídica⁷. Con todo, aunque sea voluntariamente aceptado, un Código de Buen Gobierno Corporativo no tiene por qué ser menos efectivo que una norma jurídica, pues las empresas al aceptarlo ganan la confianza del mercado (inversores, consumidores, etc.). En definitiva, con esos Códigos no se trata de imponer deberes cuyo incumplimiento desate responsabilidades u obligaciones cuyo cumplimiento sea

⁴ Así lo destaca MORILLAS JARILLO, M^a J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 457, con ulteriores citas.

⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "Códigos de conducta y administración de sociedades", en AA. VV. *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pág.324, define estos Códigos como el "conjunto de principios y reglas relativos al comportamiento de ciertos operadores económicos, incorporados a un solo acto o instrumento formal, bajo fórmulas flexibles que implican un asentimiento mínimo a determinados principios y están dotadas en consecuencia de contenido y efectos jurídicos".

⁶ Así lo subraya QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Responsabilidad de los consejeros", en AA. VV. (coord. por ESTEBAN VELASCO, G.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 559-560.

⁷ MORILLAS JARILLO, M^a J., *Las normas de conducta...op. cit.*, pág.463

exigible; tales Códigos no se imponen desde los poderes públicos en ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria y, por tanto, no contienen normas de Derecho imperativo ni dispositivo. De ahí que la fuerza atractiva de dichos Códigos resida en los valores y en las prácticas en ellos recogidos⁸.

Por supuesto, una vez adoptado o asumido un Código de Buen Gobierno Corporativo por parte de una empresa, su fuerza de obligar deriva de la aceptación o adhesión al mismo, y su contenido ha de calificarse como norma jurídica convencional o negocial. Se afirma en este sentido que la aceptación del Código implica para los aceptantes la asunción de determinados principios, reglas o valores y, por tanto, se asume también el compromiso de darles cumplimiento⁹.

Se plantea, sin embargo, la cuestión de si la contravención de las normas del Código puede repercutir, por ejemplo, en el régimen de responsabilidad de quienes ejercen las funciones de gobierno¹⁰. Y al respecto se advierten en la doctrina científica dos posturas. Así, conforme a un sector de la doctrina científica, la incorporación de normas de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo puede incidir y materializarse en la creación de diferentes regímenes de responsabilidad en cuanto a los supuestos de infracciones de las que deban responder los administradores¹¹. Para otro sector doctrinal, en cambio, la vulneración de normas de tales Códigos no altera el régimen legal de responsabilidad de los administradores¹². Pues bien, sin entrar en otros pormenores, parece que el régimen legal de responsabilidad no puede ser modificado por las normas de esos Códigos, si bien ese régimen puede ser objeto de precisión y aclaraciones dentro del ámbito de ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esto no obstante, la existencia de un catálogo de deberes en tales Códigos no será obstáculo para la aplicación de la cláusula general de diligencia en supuestos no previstos, siempre que de las cir-

⁸ En la Introducción, punto 5 del Código, Olivencia se destaca que la observancia o inobservancia del código es objeto de una valoración por los mercados, con repercusiones cada vez más notorias sobre la credibilidad de las sociedades que apelan a ellos; será el mercado el que impondrá la incorporación del código, al premiar a las sociedades que lo han adoptado y castigar a las que no.

⁹ Señala en este sentido FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Códigos de conducta ...op. cit.”, pág. 335, que la aceptación del código, sea cual fuere la forma jurídica que éste revista, implica para los aceptantes la asunción de determinados principios y, en consecuencia, el compromiso de aplicarlos.

¹⁰ Para una exposición de las distintas posturas mantenidas al respecto por los autores, v. MORILLAS JARILLO, M^a.J., *Las normas de conducta...op. cit.*, pág. 509 y ss.

¹¹ Apunta, por ejemplo, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “El Código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración”, *RdS* 11 (1999), pág. 133 y ss. que la aceptación del código “conlleva una alteración de los presupuestos fácticos que presume el régimen legal de responsabilidad de los administradores, por lo que resulta necesario reconsiderar los criterios que guían su aplicación sin que deba descartarse que, a largo plazo, aquél deba redefinirse”.

¹² Para FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad jurídica del Consejo de Administración”, en *Dirección y Progreso* 159 (1998), pág. 122, las recomendaciones del código carecen de relevancia alguna por lo que al régimen legal de responsabilidad de los administradores se refiere.

cunstances se pueda deducir que el comportamiento observado no corresponde al de un ordenado empresario o al de un representante leal. Se ha subrayado en este sentido que el contenido de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo no agota el deber de diligencia, ni elimina la función de la cláusula general para colmar las lagunas de la regulación convencional¹³.

3.2. Gobierno corporativo y Cooperativas.

Se aprecia en los últimos tiempos que los dirigentes y responsables de las empresas cooperativas van tomando conciencia de la oportunidad de orientar su gestión no sólo a satisfacer a los propietarios de la mismas, sino también a conseguir un equilibrio de intereses, con frecuencia contrapuestos, entre los diversos grupos afectados por el funcionamiento de la empresa cooperativa, ya sean internos (socios, trabajadores) o externos (consumidores, proveedores, competidores, comunidad local, etc.). La presión de los agentes sociales, la exigencia de los consumidores o las mejoras que pueden obtenerse desde el punto de vista competitivo, se alzan en factores que vienen actuando como impulsores y justificantes de la implantación de un buen gobierno corporativo en el seno de las empresas de economía social y, en concreto, de las cooperativas. De este modo, los Códigos vienen a actuar como una herramienta de gestión para establecer relaciones estables con los diferentes grupos interesados, sirviendo de elemento diferenciador frente a otros operadores económicos; lo que habrá de redundar en una mejora de la reputación de la empresa cooperativa, la lealtad de consumidores y trabajadores, las posibilidades de reforzar la clientela o la fidelidad de los proveedores.

Pues bien, si para las sociedades de corte capitalista constituye un imperativo disponer de un buen gobierno corporativo, no resulta menos oportuno contar también con un buen gobierno en el sector de las empresas cooperativas y de economía social. La conveniencia de disponer de recursos humanos estratégicos adecuados, así como de eficaces sistemas de gobierno, se extiende también a estas empresas. Es de tener en cuenta al respecto que en un contexto económico en permanente evolución y cada vez más competitivo y globalizado, la implantación y mantenimiento de un nivel apropiado en la gestión empresarial, exige el despliegue de estrategias en múltiples frentes, entre los que destacan el organizativo, el financiero y el tecnológico. Tales estrategias tienen precisamente en la alta dirección y en el gobierno corporativo su punto de anclaje, en particular en las relaciones entre los altos directivos, el órgano de administración y otros grupos de interés (propietarios, trabajadores, poderes públicos, etc.).

En todo caso, los procesos de instauración de modelos de gobierno corporativo en el ámbito de las cooperativas, han de presentar un carácter genuino y

¹³ Así MORILLAS JARILLO ,M^o.J., *Las normas de conducta ...op. cit.* pág. 512.

singularizado en consonancia con la naturaleza específica y peculiar de estas organizaciones empresariales. Como ha subrayado la doctrina científica¹⁴, esta naturaleza se hace especialmente perceptible en una triple perspectiva: a) el carácter esencialmente democrático de su gobierno por los socios (un socio, un voto); b) el predominio del principio mutualista que se refleja en la primacía del interés social frente al particular de cada socio; y c) la distribución de los resultados positivos (excedentes) entre los socios en función de la participación de éstos en la actividad cooperativizada, y no de sus aportaciones al capital social.

3.3. La implantación de Códigos de Buen Gobierno Cooperativo

Bien sabido es que entre los principios rectores de las sociedades cooperativas, se encuentra el formulado como “segundo principio” por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) en 1995, según el cual “*las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar y gestionar las cooperativas son responsables ante los socios*”. Es, pues, característica propia de las sociedades cooperativas la de que su gestión sea realizada, personalmente o mediante representantes, por sus propios socios en forma democrática. Se reafirma así el derecho de los socios a involucrarse activamente en la fijación de las políticas empresariales y en la toma de decisiones; implicación que se canaliza básicamente a través de la participación en las Asambleas generales, pues en éstas se establecen las políticas empresariales, se toman decisiones y se aprueban las acciones a realizar. De otra parte, dicho principio cooperativo destaca también que las personas, hombres y mujeres, que sean elegidas para gestionar y representar las cooperativas, contraen una responsabilidad frente a los socios; tales gestores y representantes desempeñan sus cargos en fideicomiso para beneficio inmediato y a largo plazo de los socios¹⁵.

Debe señalarse, sin embargo, que la pacífica aceptación y recepción del principio cooperativo de gobierno democrático viene estando sometido últimamente a un doble desafío: de un lado, el imparable crecimiento empresarial de un notable número de cooperativas y, de otro lado, la delicada tarea de acertar en la elección de las personas encargadas del gobierno de la cooperativa. El crecimiento económico empresarial genera, en efecto, profundos cambios en la base social de la cooperativa incrementando su heterogeneidad, que demanda la incorporación de

¹⁴ V., por ejemplo, CHAVES, R., “Gobierno y democracia en la Economía Social”, *Mediterráneo Económico* 6 (2002), pág.27 y ss.

¹⁵ En el marco del principio democrático cabe que el órgano administrativo se sirva de personal directivo altamente cualificado que lleve a cabo materialmente funciones de gestión y dirección. Por ejemplo, en la Ley 3/1987 General de Cooperativas se preveían la existencia de un Director y de Comisiones, Comités de estudio, etc.

profesionales y técnicos no socios a los cuadros dirigentes, lo que tiende a la concentración de poder con merma de la capacidad decisoria de los socios, o impone la adopción de políticas empresariales orientadas hacia objetivos no coincidentes con los intereses de los socios y de otros grupos de interés. De otra parte, la selección de directivos fiables y competentes se erige igualmente en un reto de primer orden para las cooperativas.

Así las cosas, la búsqueda de soluciones que concilien las claves esenciales sobre las que se fundamenta el gobierno democrático de las cooperativas con las exigencias que impone el emergente escenario de competitividad y globalización en el que éstas tienen que desarrollar su actividad empresarial, ha llevado a que desde mediados de los años 1990 se vengán dando pasos, si bien de desigual alcance, tendentes a impulsar el establecimiento de prácticas, reglas o códigos de buen gobierno en el ámbito de las empresas cooperativas. Al igual que en otros sectores del mundo económico y empresarial (por ejemplo, en el de las sociedades anónimas cotizadas), en el sector cooperativo se vienen detectando también significativas deficiencias y desenfocos en el plano de su gobierno corporativo, que hacen cuando menos oportuna la implantación de modelos de buen gobierno corporativo en el campo de las sociedades cooperativas¹⁶.

En un estudio elaborado en 1995 por la Comisión de Investigación de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) sobre el gobierno corporativo y sistemas de control de los directivos en las cooperativas europeas¹⁷, se apuntaron como deficiencias más acusadas del modelo de gobierno cooperativo las siguientes: nombramientos de directivos inexpertos, la existencia de directivos poco interesados por la marcha y expansión de la cooperativa, la falta de capacidad técnica de miembros de Consejos rectores, la poca o nula capacidad de decisión de estos Consejos, la existencia de vínculos familiares o de otro tipo de altos directivos con miembros de los Consejos rectores (endogamia), o la escasa rotación de los miembros de estos Consejos y de los comités de las cooperativas. Junto a estas deficiencias nada favorecedoras del buen gobierno cooperativo, se aprecian también otros indicadores que urgen ahondar en la búsqueda de soluciones que aseguren un buen gobierno en el ámbito de las cooperativas sin que por ello éstas pierdan sus señas de identidad. Y así, entre tales indicadores se apuntan¹⁸ los procesos de desmutualización y de transformación de las cooperativas en otras formas societarias, la proliferación de conductas oportunistas y desleales por parte de miembros de

¹⁶ Así los destaca PAZ ARES, C., “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero II*, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1805 y ss.

¹⁷ Para una amplia exposición de este estudio v. VOLKERS, R., LEES, M., “General trends, fundings and recommendations on Corporate governance and management control systems in European cooperatives”, *Review of International Cooperation*, 89 (1996), págs. 37 y ss.

¹⁸ CHAVES, R., “Gobierno y democracia...op. cit.”, pág. 41.

Consejos Rectores y directivos, así como la cada vez más frecuente presencia de capital no cooperativo en las esferas de gobierno y dirección de las cooperativas¹⁹.

Seguramente, las conclusiones a las que condujo el mencionado estudio elaborado, motivaron que esta misma Organización auspiciara una investigación internacional, en la que participaron investigadores de diez países(entre ellos, España),sobre el tema “Las estructuras de gobierno de las empresas de la economía social y el papel de sus directivos²⁰”.La cuestión medular sobre la que se centró la investigación ha sido la siguiente: *¿De qué estructuras de gobierno y tipos de directivos han de dotarse las empresas cooperativas y de economía social para mejorar su nivel de desempeño económico de modo compatible con el mantenimiento o refuerzo de sus señas de identidad de empresas de economía social?*.Esta cuestión se desmenuzó, a su vez, en otras más concretas, a saber: i) la naturaleza de la relación entre las estructuras de gobierno de las empresas de economía social y sus directivos; problemas de control sobre los objetivos de la empresa, así como problemas de confianza y colaboración entre los grupos de interés internos(socios, empleados),los consejos rectores y los altos directivos; ii) tensiones que genera en el gobierno democrático la entrada de capital no cooperativo; iii) responsabilidades y ámbitos de competencia de los órganos de gobierno y los socios-propietarios; o iv) los problemas de reclutamiento de personas para ocupar puestos de gobierno y dirección.²¹

Ciertamente, los problemas planteados en relación con el ejercicio del poder societario en las sociedades cotizadas(que son los tenidos primordialmente en cuenta en los Códigos Olivencia, Aldama y CUBG) son de contenido y alcance bastante distinto a los problemas que se plantean en el ámbito de las Cooperativas. En éstas, como ya queda apuntado, el impacto del principio mutualista sobre el poder societario singulariza los análisis del gobierno corporativo de las mismas. Esto no obstante, hay cuestiones que se pueden plantear igualmente en el marco de las cooperativas sobre las que pueden resultar útiles y altamente positivas las reglas y recomendaciones que se formulan en los Códigos de Buen Gobierno formulados directamente para las sociedades cotizadas. Y así, no es descartable que también en el mundo de las Cooperativas se susciten cuestiones relativas, por

¹⁹ Si bien este capital contribuye a potenciar la capacidad económico-financiera de la cooperativa, puede representar también el peligro de aproximarla en materia de distribución de beneficios a las empresas típicamente capitalistas.

²⁰ La coordinación de la participación española en esta investigación corrió a cargo del prof. R. CHAVES de la Universidad de Valencia y de CIRIEC-España.

²¹ Los resultados de la investigación se hicieron públicos en 2004 a través de números monográficos de las revistas *Annals of Public and Cooperative Economics* (CIRIEC-International), *Economie et solidarité* (CIRIEC-Canadá) y *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 48 (2004),(CIRIEC-España).

ejemplo, a los abusos de poder, a la insuficiencia de controles de éste, a la falta de transparencia, a la endogamia orgánica, etc.²²

Ocurre ,además, que en el marco de las sociedades cooperativas(particularmente en las grandes cooperativas) cabe que se planteen otros problemas como pueden ser los del ejercicio del poder en una cooperativa dominada, la participación representativa de los socios de cooperativas que son, a su vez, socias de otras sociedades, la divergencia en la actividad cooperativizada realizada por diferentes grupos de socios o el ejercicio del objeto social a través de otras sociedades, etc.

3.4. Códigos de Buen Gobierno Corporativo comunes o específicos para las sociedades cooperativas

Como es bien conocido, en España existe una interesante experiencia en el terreno de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo referidos a las sociedades cotizadas. Como se sabe, son exponentes más relevantes de esta experiencia el Informe Olivencia (1998)²³,el Informe Aldama (2003)²⁴ y, últimamente, el “Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG)”(2006) preparado por el Grupo especial de trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades cotizadas²⁵.

Sin perjuicio de las peculiaridades que presenta cada una de las apuntadas experiencias, tanto en los Informes Olivencia y Aldama como en el CUBG los temas recurrentes y a los que se ha prestado particular atención giran en torno a la transparencia de actuación e información en las empresas, a la estructura de los consejos de administración, y a la concreción de los comportamientos implícitos en los deberes de diligencia y lealtad de los miembros del órgano de administra-

²² Sobre la conveniencia de implantar Códigos de Buen Gobierno Corporativo en el ámbito de las empresas cooperativas, puede verse GADEA, E, SACRISTÁN,F, VARGA S.C., *Régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 208-209.

²³ Su título es “El gobierno de las sociedades cotizadas” y su elaboración corrió a cargo de una Comisión especial, presidida por el prof. Manuel Olivencia, para el estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las sociedades; se hizo público en febrero de 1998 y su contenido adopta esencialmente la forma de “recomendaciones”.

²⁴ Este Informe ha sido elaborado por la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas; se hizo público a principios de enero de 2003 y su principal transferencia al ámbito legal se produjo en virtud de la Ley 26/2003,de 17 de julio, que ha modificado la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y el TRLSA aprobado por el RD-Legislativo 1564/1989;la Ley 26/2003 se publicó en el BOE, núm.171,de 18 de julio de 2003.

²⁵ Este Grupo lo creó el Gobierno a mediados de 2005 para asesorar a la CNMV. El antecedente inmediato de este código lo constituye el conocido como “Código Conthe”(enero de 2006).

Para una exposición general sobre el CUBG y sobre los Informes Olivencia y Aldama, puede consultarse la obra de GARCÍA-TUÑÓN, M., *Gobierno corporativo, información económica y registro mercantil*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

ción²⁶. Con respecto a la mejora de la transparencia en el seno de las empresas se aspira a proporcionar información relevante, clara y completa a los socios y a los inversores (mayor publicidad, transparencia en el funcionamiento del órgano administrativo, acceso a la información por vía electrónica, etc.). Asimismo, en lo que respecta a la estructura del Consejo de administración, se pretende delimitar con precisión el cuadro de funciones en el seno del órgano colegiado (delegaciones individuales o colectivas, apoderamientos, nombramientos, retribuciones, etc.). Por último, en cuanto a los deberes de diligencia y lealtad, se quiere que, sin merma de su carácter de cláusula general de actuación de los administradores, se detalle el alcance de esos deberes mediante la previsión de supuestos concretos²⁷.

Pues bien, aunque el CUBG se ha pensado, como se dijo, para su aplicación en el ámbito de las sociedades cotizadas²⁸ cabe preguntarse aquí si los principios, normas y recomendaciones contenidas en este Código son trasladables a las empresas cooperativas. Dicho en otros términos, si estas empresas son lo suficientemente dúctiles y flexibles para que puedan acomodarse a las mismas Códigos de buen gobierno comunes a otros tipos de empresas no cooperativas o, por el contrario, si la peculiar naturaleza de las cooperativas impone también que sus códigos de buen gobierno sean específicamente diseñados y elaborados para ellas.

Pues bien, no parece dudoso que, sin necesidad de forzar las cosas, una gran parte de los contenidos del CUBG puede aplicarse a las empresas cooperativas y de economía social. Como certeramente se ha escrito, “ni el fin mutualista que caracteriza esta forma social ni el respeto a los principios y/o valores cooperativos proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) y acogidos en nuestras Leyes de cooperativas, estatal y autonómicas suponen, en principio, un obstáculo insalvable”²⁹. Mas, aceptado esto, para la aplicación a las cooperativas de los Códigos de Buen Gobierno elaborados con referencia a sociedades coti-

²⁶ Así lo destacan las Profras. ALFONSO SÁNCHEZ, R. y SÁNCHEZ RUÍZ, M. en su interesante trabajo “Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y de los grupos de cooperativas”, publicado en *RDM* 266 (2007), pág. 1051 y ss.

²⁷ Para más detalles sobre los tres frentes de principal actuación de los códigos de buen gobierno v. ALFONSO SÁNCHEZ, R. y SÁNCHEZ RUÍZ, M., “Aspectos generales...op. cit.”, pág.1053-1055.

²⁸ La *RdS* ha reservado un extenso espacio de su número 27 (2006-2) a los detenidos y amplios comentarios que sobre las Recomendaciones del CUBG realizan los profesores RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “Junta General derechos del accionista (Recomendaciones 1,3,4,5 y 6)”, ALONSO UREBA, A., “El modelo de administración de la SA cotizada (Competencia y funcionamiento del Consejo y de la Comisión Ejecutiva) (Recomendaciones 2,8,16 a 22,42 y 43)”, ESTEBAN VELASCO, G., “Reorganización de la composición del Consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes (Recomendaciones 7 y 9 a 15)”, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Estatuto de los administradores (Selección, nombramiento y cese de consejeros. Información y dedicación de los consejeros) (Recomendaciones 23 a 34)”, VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Retribuciones de los consejeros y altos directivos (Recomendaciones 35 a 41)” y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Las Comisiones de supervisión y control del Consejo de Administración (Recomendaciones 44 a 58)”.

²⁹ ALFONSO SÁNCHEZ, R. y SÁNCHEZ RUIZ, M., “Aspectos generales...op. cit.”, pág.1055.

zadas o, más en general, a sociedades no cooperativas, será necesario introducir en ellos las oportunas adaptaciones. De ahí que deba propugnarse que, tomando de esos Códigos lo que pueda acomodarse sin dificultad a las peculiaridades de las empresas cooperativas, se proyecten Códigos de Buen Gobierno Corporativo con contenidos que se ajusten a las especialidades que identifican a las empresas cooperativas.³⁰

Ahora bien, la falta de un Código estándar de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades cooperativas, no debe ser óbice para que las cooperativas que así lo estimen elaboren por su cuenta Códigos de este tipo. Tal sucede últimamente en el ámbito sobre todo de las cooperativas de crédito y de seguros³¹. Sirva aquí de ejemplo el Código de Buen Gobierno Corporativo que en abril de 2015 dio a conocer la Caja Rural de Granada, Sociedad Cooperativa de Crédito³².

4 CONCLUSIÓN

En un contexto económico en permanente transformación, competitivo y globalizado, las sociedades cooperativas tienen que desarrollar estrategias múltiples al objeto de adaptarse a las nuevas condiciones y exigencias del mercado. Ahora bien, el despliegue de esas estrategias y el proceso de crecimiento económico de las cooperativas tienden a crear tensiones estructurales sobre el modelo de gobierno genuino de las cooperativas, el cual puede concebirse como el modelo que logra el máximo nivel de desempeño económico compatible con el mantenimiento de la identidad cooperativa. En este orden de cosas puede decirse que son las propias empresas cooperativas las primeras interesadas en publicitar y hacer visibles sus buenas prácticas de gobierno corporativo, ya que de su conocimiento por parte de los distintos grupos de interés dependen en buena medida sus ventajas

³⁰ En la línea de aprovechar los estándares comunes de buen gobierno corporativo formulados en los Códigos preparados para las sociedades cotizadas, el Instituto de Consejeros –Administradores elaboró en 2005, dirigido a las sociedades no cotizadas, unos *Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas* (puede consultarse el texto de estos “Principios” en el sitio: www.ecegi.org/codes/documents/ua_cpp_non_listed_2006_es.pdf).

Aunque no están pensados directamente para las sociedades cooperativas, estos “Principios” contienen reglas y recomendaciones perfectamente asumibles por estas sociedades.

³¹ Muy probablemente, la presencia de Códigos de Buen Gobierno Corporativo en estas clases de cooperativas se deba cuando menos a la conveniencia de ponerse en este punto al mismo nivel de las empresas homólogos de corte capitalista. Debe repararse a este respecto que en los últimos tiempos es frecuente que las empresas en general utilicen instrumentos -reclamos de su buena “imagen” empresarial (ante los inversores, clientes, consumidores etc.) , entre los que ocupan un lugar no irrelevante los Códigos de Buen Gobierno Corporativo o la Responsabilidad Social Corporativa, sin que respondan a otra cosa que no sea una especie de “moda” o de “postureo”.

³² El texto de ese Código puede consultarse en: www.cajaruraldegranada.es/cons/estatico/rvia/granada/ruralvia/particulares/información_

competitivas y el incremento de valor que pueden obtener de la aplicación de las normas y recomendaciones de gobierno corporativo.

Sin duda, el establecimiento de un buen gobierno no es tarea sencilla. Ensayos como los modelos de gobierno tipo *shareholders* o *stakeholders*, o de blindaje del directivo o de la acción colectiva de la empresa, ponen de manifiesto las dificultades en el hallazgo de soluciones acertadas y eficientes. Con todo, no puede dudarse de la conveniencia de que también en el ámbito de las sociedades cooperativas se ensaye la técnica de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo; Códigos. que, por supuesto, han de concebirse respetando las peculiaridades que caracterizan a las cooperativas en el contexto de las organizaciones empresariales que operan en el mercado. Ha de repararse al respecto que entre tales peculiaridades destacan las de la particular distribución de la propiedad y de los derechos decisorios en ellas. En base a esto, el gobierno de las cooperativas debería organizarse conforme a criterios de una mayor flexibilidad en el proceso de toma de decisiones y de una más amplia información.

En suma, la implantación de Códigos de Buen Gobierno Corporativo en el ámbito de las sociedades cooperativas puede erigirse en un importante factor impulsor de la transparencia informativa en el seno de las mismas y de su capacidad de planificación, así como de su eficiencia y competitividad empresarial; lo que podrá contribuir a suavizar las tensiones y hacer más fluida la comunicación entre los propietarios(socios), los representantes de éstos(consejos rectores) y los ejecutores de las decisiones(directivos).De este modo, tales Códigos se pueden alzar como instrumentos válidos para corregir deficiencias ya crónicas en el funcionamiento interno de las cooperativas y, al propio tiempo, reforzar el desarrollo de un control corporativo efectivo de las mismas. Esto no obstante, no debe perderse de vista que un buen gobierno corporativo no se basa únicamente en la presencia de un mayor número de normas; antes bien, ese gobierno requiere que tales normas estén sustentadas en comportamientos éticos y responsables. Debe tenerse presente que el gran desafío provocado fundamentalmente por el desarrollo globalizado y agravado por la crisis económica y social, es mostrar, tanto en el orden de las ideas como en el de los comportamientos, que no solo no se prescindir de los principios de la ética social, como pueden ser la transparencia, la honestidad y la responsabilidad, sino que en las relaciones económicas se ha de reservar un espacio al principio de gratuidad y a la lógica del don. Pues bien para la consecución de estas metas pueden resultar herramientas eficientes los Códigos de Buen Gobierno Corporativo que sirvan de guía a los responsables de la gobernanza de las organizaciones empresariales, entre las que ocupan un lugar de no menor importancia las sociedades cooperativas.

5 SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

- ALONSO SÁNCHEZ, R./SÁNCHEZ RUIZ, M., “Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y de los grupos de cooperativas”, en *Revista de Derecho Mercantil* 266 (2007).
- ALONSO UREBA, A., “El modelo de administración de las S.A. cotizada(Competencia y funcionamiento del Consejo y de la Comisión Ejecutiva) Recomendaciones 2,8,16 a 22,42 y 43”, *Revista de Derecho de Sociedades* 27 (2006).
- BOTANA AGRA, M., *Fundamentos de Derecho de Cooperativas de Galicia*, Gallaecia Liber, Santiago de Compostela, 2004.
- CHAVES ÁVILA, R.(2002), “Gobierno y democracia en la Economía Social” *Mediterráneo Económico* 6 (2002).
- ENRIQUES y VOLPIN, “Corporate governance reforms in continental Europe”, *Journal of Economic Perspectives* vol.21-1 (2007).
- ESTEBAN VELASCO, G., “Reorganización de la composición del Consejo :clases de consejeros, en particular los consejeros independientes (Recomendaciones 7, 9 y 15)” *Revista de Derecho de Sociedades* 27 (2006-2).
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Códigos de conducta y administración de sociedades, en AA. VV. *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Las Comisiones de supervisión y control del Consejo de Administración (Recomendaciones 44 a 58)”, *Revista de Derecho de Sociedades* 27 (2006-2).
- GADEA, E., SACRISTÁN, F.,VARGAS, S.C., *Régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GARCÍA-TUÑÓN, M., *Gobierno corporativo, información económica y registro mercantil*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- McCAHERY, J.A., VERMEULEN, E., *Corporate Governance of Non-Listed Companies*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- MORILLAS JARILLO, Mª. J., *Las normas de conducta de los administradores de sociedades de capital*, ed. La Ley, Madrid, 2002.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Estatuto de los administradores. Selección. Nombramiento y cese de consejeros. Información y dedicación de los consejeros (Recomendaciones 23 a 34)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 27 (2006-2).
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Gobierno corporativo: Administración de sociedades mercantiles y responsabilidad”, en AAVV: *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- SÁNCHEZ CALERO, F., “ Informe anual del gobierno corporativo”, *Revista de Derecho bancario y bursátil* 94 (2004).
- VOLKERS, R., LEES, M., “General trends, fundings and recommendations on Corporate Governance and management control systems in European Cooperatives” *Review of International Cooperation* 89 (1996).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 105-131
ISSN: 1130-2682

LA NUEVA REGULACIÓN DEL ÓRGANO DE
ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES.
EN ESPECIAL, SOBRE SUS DEBERES DE CONDUCTA

*NEW REGULATION FOR BOARD OF ADMINISTRATORS
IN THE LAW OF LABOR COMPANIES. IN SPECIAL,
ABOUT THEIR DUTIES OF CONDUCT*

MARÍA ISABEL GRIMALDOS GARCÍA*

Recepción: 24/05/2018 - Aceptación: 3/12/2018

* Profesora titular de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia. Dirección de correo electrónico: grimald@um.es

RESUMEN

La Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas ha modificado el régimen aplicable al órgano de administración de este tipo de entidades. Tres son las materias especialmente relevantes. En primer lugar, se ha derogado la obligación de elegir a los miembros del consejo de administración por el sistema de representación proporcional cuando en el seno de la sociedad concurren socios trabajadores y socios no trabajadores o generales. En segundo lugar, la nueva Ley ha explicitado el conjunto de competencias y facultades de los administradores de las sociedades laborales y las precauciones debidas en el caso de delegación de las mismas. Por último, resulta particularmente interesante el conjunto de deberes exigibles a los administradores para el correcto ejercicio de su cargo, y la subordinación de aquellos al especial “interés social” de las sociedades laborales.

PALABRAS CLAVE: sociedad laboral; administradores; economía social; responsabilidad social de la empresa; interés social.

ABSTRACT

Law 44/2015, 14th October, of Labor companies modified the legal regimen to be applied to the Board of administrators of this company type. There are three relevant subjects in relation to this topic. First, it has been repealed the necessary election of member of the board by the system of proportional representation when there are working partners and no working partners. Second, the Law has established the set of powers and faculties that correspond to the Board and, also, the precautions due in case of its delegation. Lastly, it is especially interesting the set of duties applied to administrators, and its subordination to the special “company interest” of Labor companies.

KEYWORDS: Labor company; administrators; Social Economy; Corporate Social Responsibility; company interest.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES. 3. LAS COMPETENCIAS DE GESTIÓN Y REPRESENTACIÓN 4. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES. 5. LOS DEBERES DE CONDUCTA EXIGIBLES A LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN EL EJERCICIO DE SU CARGO. 5.1. Introducción. 5.2. El interés social de la sociedad laboral y su incidencia en la conducta requerida a los administradores. 5.2.1. Los principios orientadores de la actuación del órgano de administración. La RSC. 5.2.2. Las consecuencias inmediatas del nuevo patrón de comportamiento. 5.2.3. Las políticas de RSC que deben promover los administradores de las sociedades laborales. 5.3. Diligencia y lealtad.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. THE PROCEDURE OF PROPORTIONAL REPRESENTATION IN THE ELECTION OF MEMBERS OF BOARD OF ADMINISTRATORS IN LABOR COMPANIES. 3. THE COMPETENCIES OF MANAGEMENT AND REPRESENTATION. 4. DELEGATION OF POWERS AND FACULTIES. 5. ENFORCEABLE DUTIES OF CONDUCT. 5.1. Introduction. 5.2. The social interest of labor society and its impact on the required behaviour. 5.2.1. The guiding principles for the action of the Board of Directors. The CSR. 5.2.2. The immediate consequences of the new pattern of behavior. 5.2.3. The policies of CSR that the administrator of the labor companies should promote. 5.3. Diligence and loyalty to the company.

1 INTRODUCCIÓN

La Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales fue la primera norma con este rango que vino a introducir una regulación global de este tipo social en nuestro Ordenamiento. Respecto al órgano de administración, su regulación se remitía a la LSA en virtud del artículo 2 de la Ley citada. Salvo en un aspecto. El art. 14 de la Ley 15/1986 estableció la obligación de que, en el caso de que hubiera en la sociedad dos clases de acciones, de socios trabajadores y de socios no trabajadores, ambas debían estar “representadas proporcionalmente a sus aportaciones al capital en los órganos administradores de la Sociedad que serán los señalados en las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas”. Ninguna otra referencia se hacía al régimen del órgano de administración cuya ordenación se confiaba, por remisión, a la entonces vigente Ley sobre el régimen jurídico de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (arts. 71 a 83). La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades laborales también se limitó, como explicaremos con más detalle en el epígrafe siguiente, a imponer el sistema de representación proporcional de los socios laborales y no laborales en el consejo de administración (*ex art. 137 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989, en adelante LSA*), sin regular ningún otro extremo del régimen jurídico del órgano de administración, remitido a la LSA de 1989 o a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23

de marzo de 1995 (en adelante LSRL), según el caso. La Ley 44/2015, de 14 de octubre de Sociedades Laborales y Participadas (en adelante LSLP) supone un giro radical en este punto. En primer lugar, elimina la obligatoriedad del sistema de representación proporcional de los socios laborales y no laborales en el consejo que ha estado vigente durante 29 años. En segundo lugar, y de forma totalmente novedosa, no se remite a las normas correspondientes para establecer cuáles sean las competencias de sus miembros, sino que las explicita y establece su régimen en caso de delegación. Y lo mismo sucede con el patrón de conducta exigible a los administradores. En lugar de remitirse al paradigma propio de las sociedades de capital, a pesar de serlo la sociedad laboral (lo que se venía haciendo hasta la aprobación de la Ley), se construye uno nuevo, que pretende recoger las peculiaridades propias de las entidades de Economía Social a las que la sociedad laboral pertenece.

A estas novedades dedicamos el presente estudio.

2 EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES

La nueva regulación de la estructura del órgano de administración ex LSLP ha introducido importantes reformas en esta materia como ya hemos adelantado. La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales remitía al régimen general de la LSA o de la SRL (Disp. Final Primera) salvo por lo dispuesto en su art. 12, precedente del actualmente en vigor art. 13.2 LSLP. Aquella norma ordenaba, en primer lugar, que “Si la sociedad estuviera administrada por un consejo de administración, el nombramiento de los miembros de dicho consejo se efectuará necesariamente por el sistema proporcional regulado en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas y en las disposiciones que lo desarrollan” para terminar prescribiendo, en segundo lugar, que “Si no existen más que acciones o participaciones de clase laboral, los miembros del consejo de administración podrán ser nombrados por el sistema de mayorías”.

Cuando todos los socios de una sociedad laboral eran socios trabajadores, podían elegir cualquiera de las formas de estructura de órgano de administración permitidas por la LSA o LSRL entonces en vigor. Sin embargo, de concurrir como socios los dos tipos posibles dentro de una sociedad laboral, socios trabajadores y socios generales, el legislador comprendió la necesidad de protección de estos últimos socios frente a los primeros por la sencilla y evidente razón de que los socios generales eran (son) estructuralmente minoritarios en la junta de socios. En consecuencia, la elección de los miembros del consejo por el sistema de mayorías hubiera subordinado en todo caso el interés de estos últimos al de los socios necesariamente mayoritarios, los socios laborales.

El aparente acuerdo doctrinal¹ sobre la finalidad de la norma fue acompañado, sin embargo, por un interesante debate sobre varias cuestiones esenciales que la misma no resolvía (al menos explícitamente).

Por un lado, se mantenía que en el caso de que la sociedad laboral contara con las dos clases de acciones o participaciones posibles, laborales y generales, el art. 12 de la Ley de Sociedades Laborales de 1997 imponía como forma de administración el consejo, y la elección de sus miembros a través del sistema de representación proporcional². De no entenderse la norma de tal modo, la tutela del socio no trabajador, y por tanto, minoritario, se hacía depender de la voluntad de los socios trabajadores, mayoritarios, que podrían elegir cualquier otra forma de administración para obviar la protección que a los primeros procuraba el art. 12 citado³. Con esta interpretación se posibilitaba alcanzar la finalidad perseguida por el legislador, esto es, que participaran en el órgano de administración los socios no trabajadores, obligadamente minoritarios en el seno de la sociedad laboral.

Por otro lado, sin embargo, se defendía una interpretación literal del art. 12 de la Ley de Sociedades Laborales de 1997. Conforme a esta, los socios eran libérrimos para adoptar cualquiera de las formas de administración previstas para la SA y la SL ya que el art. 12 sólo se refería a cómo elegir a los administradores cuando la sociedad había optado por el consejo de administración⁴.

El artículo 13.2 de la vigente LSLP despeja las dudas que planteaba el art. 12 precedente ya citado. Aquél establece que si la sociedad está gobernada por un consejo de administración los titulares de acciones o participaciones de la clase general *podrán agruparse* para elegir a sus miembros conforme al sistema de representación proporcional ex art. 243 del Texto Refundido de la Ley de Socie-

¹ CANO LOPEZ, A., *La Sociedad Laboral: una forma jurídica de empresa de economía social*, CES, Madrid, 2002, p. 368; BOQUERA MATARREDONA, J., “El órgano de administración en las Sociedades Laborales”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 13, 2002, p. 114; “(este régimen) pretende conseguir, en la práctica, una protección para los socios minoritarios —los no trabajadores—, a los que se facilita el acceso al gobierno de la sociedad”, en palabras de SÁENZ DE ALBIZU, J.C./GOÑI SEIN, J. L./HUCHA CELADOR, F./ PERDICES HUETOS, A.B., *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XV, *Sociedades Laborales* (Ley 4/1997, de 24 de marzo), Civitas, Madrid, 2000, p. 240.

² CANO LOPEZ, A., *La Sociedad Laboral*, cit., p. 369.

³ CANO LOPEZ, A., *La Sociedad Laboral*, cit., p. 369.

⁴ BOQUERA MATARREDONA, J., “El órgano de administración en las Sociedades Laborales”, cit., p. 113; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./ GOÑI SEIN, J.L./ HUCHA CELADOR, F./ PERDICES HUETO, A., “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, t. XV, *Sociedades Laborales*, cit., p. 237; GÓMEZ CALERO, J., *Las Sociedades Laborales*, Comares, Granada, 1999, p. 138; BATLLE SALES, G., “Consecuencias jurídicas del carácter “laboral” en la organización social de la sociedad”, en AAVV, *Régimen jurídico de las sociedades laborales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 55.

dades de Capital de 2 de julio de 2010 (LSC). Por el contrario, el art. 12, establecía que tal elección *se efectuaría necesariamente* por el sistema proporcional regulado por el art. 137 LSA. En consecuencia, es obvio que la elección por el sistema proporcional ha pasado de ser *una carga o deber* en el caso de elegirse como forma de administración el consejo, a una mera *facultad potestativa* de los socios no trabajadores. Esta diferencia implica que el legislador ha optado por un sistema totalmente opuesto al que existía hasta la entrada en vigor de la LSLP y, con ello, ciertas tesis interpretativas del régimen de las mismas en materia de elección de administradores en caso de concurrir acciones o participaciones laborales y generales han de ser olvidados.

Con el sistema previsto por el art. 12 de la Ley 4/1997 se defendió también, en primer lugar, que la agrupación de acciones o participaciones sociales sólo era posible entre las de la misma clase⁵. En, segundo lugar, que, en caso de que en una sociedad anónima laboral se hubieran emitido acciones sin voto de la clase general como mecanismo de financiación, éstas tendrían derecho a agruparse para su participación en la elección de consejeros. Aunque también se mantuvo una postura totalmente contraria basada en la aplicación del art. 92.2 LSA que prohibía la agrupación de estas acciones a los efectos de la designación de vocales del consejo de administración por el sistema de representación proporcional⁶. Y por último, que la facultad discrecional de separación de administradores debía ser atenuada para no atentar contra los derechos de los socios minoritarios. De tal modo, la junta podría cesar a cualquier administrador nombrado por el sistema de representación proporcional sólo si mediaba justa causa para ello. Tras su cese, el sustituto debía ser nombrado por el mismo grupo que nombró al cesado⁷. Sin embargo, de no mediar justa causa (revocación *ad nutum*) la Junta no debería instar la revocación, sino que debería instarla el grupo de socios que procedió a su elección en virtud del sistema de elección proporcional⁸.

Como ya advertimos, el sistema de representación proporcional ha dejado de ser un imperativo legal para convertirse en una facultad. Aun cuando la LSLP no estableciera nada al respecto, la aplicación de este sistema sería de naturaleza voluntaria para las sociedades anónimas laborales por remisión de aquella a la LSC (art. 253 LSC), que lo configura así con carácter general para las SAs. No obstante, la nueva Ley precisa aclarar esta materia porque supone una novedad

⁵ CANO LOPEZ, A., *La Sociedad Laboral*, cit., p. 370; BOQUERA MATARREDONA, J., “El órgano de administración en las Sociedades Laborales”, cit., p. 118; NEILA NEILA, J.M., *Sociedades Laborales*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 241.

⁶ BOQUERA MATARREDONA, J., “El órgano de administración en las Sociedades Laborales”, cit., p. 118.

⁷ CANO LOPEZ, A., *La Sociedad Laboral*, cit., p. 370.

⁸ BOQUERA MATARREDONA, J., “El órgano de administración en las Sociedades Laborales”, cit., p. 121.

radical respecto a la Ley anterior. Además, porque, con ello, permite el uso de este sistema también a las Sociedades de Responsabilidad Limitada Laborales (tal como hacía la Ley 4/1997) respecto de las que el art. 253 LSC no establece esta posibilidad.

Que el sistema de elección proporcional de los consejeros haya pasado de ser un deber a una mera facultad dentro de las Sociedades Laborales excluye las tesis que avanzamos en párrafos anteriores. Parece evidente que, con la nueva regulación en esta materia, el legislador debilita la protección de los socios no trabajadores cuando concurren con trabajadores para la elección de los miembros del consejo. Por eso es inútil preguntarse en la actualidad si las sociedades laborales deben estructurar su órgano de administración necesariamente como consejo, o cabe elegir cualquier otra forma de las admitidas para las SLs o SAs por la LSC. Puesto que la tutela al socio minoritario ha decaído normativamente en este ámbito parece lógico inferir que al legislador le resulta indiferente en qué forma se configure el órgano de administración en la sociedad laboral: administrador único, mancomunados, solidarios o consejo de administración materia cuya elección queda a la libertad absoluta de los socios; también carece de sentido preguntarse acerca de qué tipo de acciones o participaciones podrán agruparse cuando se elija el consejo como forma de órgano de administración y el sistema de representación proporcional como modo de elección de los consejeros caso de existir acciones o participaciones laborales y generales simultáneamente en la sociedad laboral. Parece evidente que podrán agruparse en cualquier modo, aun cuando se mezclen en el grupo de electores tanto socios trabajadores como no trabajadores.

Cabe señalar, por último, que la agrupación de acciones o participaciones sin derecho de voto a estos efectos resulta inviable con la nueva ley ya que prohíbe, expresamente, la creación de estas (art. 5.1 LSLP *in fine*).

3 LAS COMPETENCIAS DE GESTIÓN Y REPRESENTACIÓN

La LSLP (art. 13.1) atribuye a los administradores la competencia de gestionar la sociedad, lo cual implica la obligación de llevar a cabo todas las tareas necesarias para la buena marcha empresarial de la entidad. Esta competencia no introduce ninguna novedad respecto al régimen general de los administradores propio de la LSC. Incluso podía haber sido obviada dada la remisión realizada por la Disp. Fin. Tercera.

Obviamente no es posible concretar *a priori* en qué cuidados típicos ha de concretarse esta obligación de gestión ya que ello dependerá, en gran medida, de las características de cada sociedad laboral y de las circunstancias históricas y económicas de cada momento. No obstante, sí cabe afirmar que compete a los administradores la realización de todas aquellas labores que se conforman como su

círculo competencial básico⁹ y que resultan precisas para alcanzar el objeto social. Esto es, han de encargarse de la gestión “ordinaria” de la compañía: de resolver los asuntos que diariamente afectan a la misma en el desenvolvimiento habitual de sus negocios, de planear cuáles serán las iniciativas empresariales presentes y futuras a fin de realizar el objeto y fin social, y de ordenar y controlar, a tal fin, los elementos personales y materiales de la misma.

Es incierto, sin embargo, si dentro de sus competencias cabe incluir los actos de gestión “extraordinaria”, es decir, aquellos que afectan a actividades que no son las que normalmente realiza la sociedad laboral en el tráfico como puede ser la transmisión de parte del patrimonio empresarial, la constitución de hipotecas inmobiliarias, etc. Quizás haya de considerarse que forman parte de las competencias de los administradores siempre que tales actuaciones valgan, aun de modo secundario, a la obtención del objeto social¹⁰. Sin embargo, es difícil pronunciarse de forma general y abstracta y con carácter previo, por lo que habrán de ser los tribunales los que, en cada caso concreto, y ante el conflicto entre los órganos sociales, se pronuncien.

La norma también confiere a los administradores, junto a la competencia de gestión, la de representación, esto es, el poder de vincular contractualmente a la sociedad con los terceros con los que se relaciona en el tráfico mercantil.

Se trata de una representación de carácter orgánico¹¹, de modo que la sociedad resulta vinculada con los terceros siempre que los administradores hayan actuado

⁹ Acerca de la competencia de gestión como básica e inderogablemente vinculada a los administradores resulta de interés la Resolución DGRN de 31 de octubre de 1989 (RJ\1989\7052): “La función de gestión social atribuida a los administradores es incompatible por su propia naturaleza con las especiales características de un órgano colegiado como es la junta general...”.

¹⁰ Véase MARTÍNEZ SANZ, F./PÜTZ, A., “De los administradores”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas* (coord. por Arroyo Martínez, Embid Irujo, Górriz López), Vol. 2, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1369. Al respecto, la Resolución de la DGRN de 25 de abril de 1997 (RJ1997/3597): “Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también el máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor (artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas), y que, aun cuando es cierta la dificultad de determinar «a priori» si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias del mismo.”

¹¹ Sobre el concepto de representación orgánica se ha pronunciado la DGRN en Resoluciones de 12 septiembre 1994, 30 de diciembre 1996 y 24 de noviembre de 1998. En esta última (RJ 1998\9448) se lee: “... la representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el órgano actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista una actuación «alieno nomine», sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido...”.

dentro del ámbito competencial típico que le es asignado legalmente, incluso aunque existan pactos sociales en otro sentido.

A la hora de configurar y atribuir el poder de representación, los pactos sociales deben sujetarse a lo previsto por la norma para los distintos modos de organizar la administración social.

Así, cuando la misma se asigne a un administrador único, el poder de representación corresponde a éste en exclusiva, sin que sea posible exigir estatutariamente el concurso de otra persona u órgano social para que la entidad quede obligada frente a terceros.

En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada uno de ellos separada y solidariamente. Es decir, todos y cada uno de ellos de forma autónoma e individual pueden vincular a la sociedad frente a terceros dentro de sus límites competenciales. Cabe que los estatutos o la junta general distribuyan ciertas facultades entre los administradores solidarios de forma diversa, mas la eficacia de este reparto competencial tiene, según la norma, “un alcance meramente interno” (art. 233.2.b. LSC). En consecuencia, es posible que vía estatutaria o por acuerdo de la junta, los administradores solidarios tengan asignadas tareas distintas atendiendo a criterios como las áreas geográficas, los sectores de actividad de la empresa, los tipos de clientes, etc. pero se trata de una división con eficacia estrictamente interna, esto es, con trascendencia en orden a la facultad de gestión, pero sin valor frente a los terceros, respecto de los que cada administrador solidario representa globalmente a la sociedad sin más límites que los señalados *ex lege*¹².

En el caso de administradores conjuntos, si la sociedad laboral fuere una anónima no podrán ser más de dos (si así fuera, constituirán consejo de administración). La sociedad laboral de responsabilidad limitada, por el contrario, no tiene limitado legalmente el número de administradores que pueden serlo de forma mancomunada. Conforme a este modelo, los administradores deberán actuar conjunta o mancomunadamente como cotitulares del poder de representación¹³. Ello significa que han de tomar sus decisiones por unanimidad y que resulta precisa la concurrencia de todos ellos para representar a la sociedad frente a terceros (cfr.

¹² En este sentido la Resolución de la DGRN de de 7 diciembre 1993 (RJ 1993\9863): “... la alteración del esquema legal de atribución del poder de representación al órgano de administración ... queda excluida de la autonomía de la voluntad, salvo en la esfera meramente interna en la que son posibles disposiciones estatutarias modalizadoras o excepcionadoras del ejercicio individual del poder de representación...”.

¹³ En la SRL, si hubiera más de dos, por al menos dos de ellos en la forma determinada por los estatutos (art. 233.2. c LSC).

arts. 124 y 185 del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996, en adelante RRM)¹⁴.

En el supuesto de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que ha de actuar de forma colegiada.

En cuanto al ámbito del poder de representación, el art. 234 LSC dispone que “la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos”. Así pues, el poder de representación de los administradores tiene un contenido legal típico e inderogable que comprende todas las actividades que de forma directa o indirecta sean convenientes para alcanzar el objeto social determinado estatutariamente. En beneficio de los terceros que se relacionan con la sociedad y de la agilidad del tráfico mercantil “cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz” frente a los mismos (art. 234.1 párr. 2º LSC). De tal modo se exime a aquellos de tener que averiguar en cada caso el ámbito de representación exacto del administrador de la entidad con la que contrata. Con ello, la eficacia de los límites al poder será meramente interna, con exclusiva repercusión entre la sociedad y el administrador. A estos efectos, la sociedad podría, por ejemplo, exigir responsabilidad civil por los daños causados que le hubiere infringido en su patrimonio el administrador que, en sus actuaciones, se hubiera excedido de los límites del poder que se le confirió.

Pero la protección del tercero va, incluso, más allá. El legislador ha querido que la sociedad quede obligada incluso “frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social” (art. 234.2 LSC). Esta norma exime a los terceros que se relacionan con la entidad a través de sus administradores de tener que indagar acerca del contenido del objeto social y sus confines precisos, y de su correspondencia con los actos de los administradores. En el supuesto de que los administradores se hubieran extralimitado y ejercido funciones para las que no les faculta el contenido legal típico de su poder de representación, la sociedad habría de probar que el tercero actuó con, al menos, culpa grave. En consecuencia, sólo los terceros que actuaran dolosamente, con conocimiento preciso del objeto social de la entidad y del exceso cometido por el administrador, y los que incurrieran en negligencia grave, desconociendo por mera pasividad el contenido de aquél y el abuso de los administradores, podrán verse “sancionados” con la desvinculación negocial de la sociedad a la que los administradores representaron rebasando las facultades típicas de su poder.

¹⁴ Véase RDGRN de 7 abril 2011 (RJ 2011\2868). Sobre la administración mancomunada, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2013”, *Archivo Compendio de Jurisprudencia societaria (2013-2014)*, (Dir. Embid Irujo), Comares, Granada, 2015, pp. 143-147.

4 LA DELEGACIÓN DE FACULTADES

Tras declarar que corresponde a los administradores las competencias de representación y gestión de la sociedad, el art. 13.1 de la LSLP dispone que “En el caso de que los administradores deleguen la dirección y gestión de la sociedad, o confieran apoderamientos con esta finalidad, deberán adoptar medidas para delimitar claramente sus competencias y evitar interferencias y disfunciones”. Sin ninguna indicación durante el trámite parlamentario de la norma que nos ilumine acerca de cuál fuera la *mens legislatoris* de este inciso¹⁵, cabe pensar que se trata de una alusión explícita, aunque innecesaria (Disp. Final Tercera) al régimen de delegación de facultades por el consejo introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo¹⁶. En primer lugar, la Ley citada ha limitado la facultad de delegación de determinadas funciones del consejo de administración que configuran el núcleo mínimo de competencias que ha de residir en este necesariamente y no puede ser delegado (art. 249 bis LSC). En segundo lugar, ha introducido requisitos adicionales para la aprobación de la delegación de facultades para todas las sociedades de capital (art. 249 LSC): de un lado, “sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona” se exige al consejo que, en caso de delegación, establezca “el contenido, los límites y las modalidades” de ésta. El acuerdo de delegación deberá contener la enumeración particularizada de las facultades que se delegan. Además, en el supuesto de que se nombren varios consejeros delegados, “deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma” (149.1 RRM). La inscripción del acuerdo de delegación tiene carácter constitutivo, por lo que no producirá efectos hasta que la creación del órgano y el nombramiento de las personas designadas para el cargo no estén inscritos en el RM (art. 249.2 LSC).

La delegación de facultades puede comprender también la representación de la sociedad. De ser así, el consejo de administración deberá delimitar, en el acuerdo

¹⁵ El art. 11.3 de la Propuesta de Ley de Sociedades Laborales de CONFESAL de 2013 establecía “Cuando la sociedad opte por un Consejo de Administración, podrá aprobar un reglamento de régimen interno del mismo. En este reglamento entre otras cosas podrán establecerse: -normas que permitan una adecuada delimitación de las funciones de los consejeros respecto al desarrollo de la gestión, diferenciando las competencias de la dirección ejecutiva de las del órgano de administración, para evitar interferencias y disfunciones”.

¹⁶ Sobre esta materia véase LEÓN SANZ, F.J., “Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración”, AA.VV., *Comentario de la reforma del Régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas* (coord. Juste Mencía), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 497-520; HERNANDO CEBRIÁ, L., “Órgano de administración (III). El Consejo de Administración”, en AA.VV., *Derecho de sociedades de capital* (dir. Embid Irujo, coords. Ferrando Villalba, Hernando Cebriá, Martí Moya), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 324 y ss.

de delegación, el régimen de actuación de la comisión ejecutiva o del consejero o consejeros delegados según el caso (art. 233.2 *in fine* LSC).

De otro lado, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, como por ejemplo ocurre con el consejero director general, “será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros” (art. 249.3 LSC). En este contrato se han de detallar todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas. De hecho, aquel no podrá percibir ninguna retribución por el ejercicio de estas cuya cantidad o concepto no esté especificada en el contrato (art. 249.4 LSC).

Como es obvio el consejo de administración puede otorgar apoderamientos a personas externas (art. 249.1 LSC) que representarán a la sociedad laboral conforme a las reglas de la representación no orgánica (art. 281 y ss. del Código de Comercio). Tal apoderamiento puede recaer también sobre uno de los consejeros sin estar necesariamente ante una delegación de facultades. En caso de que el poder sea general deberá ser inscrito en el Registro Mercantil (art. 94.5° RRM). No es necesaria, sin embargo, la inscripción del poder otorgado para pleitos o para realizar asuntos concretos.

5 LOS DEBERES DE CONDUCTA EXIGIBLES A LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN EL EJERCICIO DE SU CARGO

5.1. Introducción

Las sociedades laborales, tal y como explicita la Exposición de Motivos de la nueva LSLP son sociedades de capital. Respecto a estas, nuestra doctrina mercantilista ha trabajado arduamente con la finalidad de fijar qué ha de considerarse como “interés social”, concepto cuya delimitación resulta esencial para determinar el patrón de diligencia exigible a los administradores ya que es, precisamente, la consecución del “interés social” el objetivo que debe presidir la adopción de decisiones por parte del órgano de administración. En concreto, durante las reflexiones sobre la *corporate governance* se ha vinculado expresamente la diligente administración societaria con el entendimiento del interés social como “la creación de valor para el accionista” (“shareholder value”), creación de valor que vendría a constituir una de las principales misiones del consejo de administración¹⁷. Más aún, respondiendo al interés del inversor en que se maximizara el

¹⁷ En palabras de SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 246, 2002, p. 1663. Exponentes de esta tendencia son, entre otros, PAZ ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como

valor de su inversión se produjo un cambio de paradigma: el objetivo prioritario de la empresa pasó a ser el aumento del precio de cotización de las acciones y la gestión empresarial se subordinó así al interés del accionista que primó sobre la política de los administradores¹⁸. Este ideal se fijaba en el Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 19 de mayo de 2006 (Informe Conthe). En su Recomendación número 7 exhorta al consejo de administración a que se “guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa”. Según el Informe Conthe, esta opción es la más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de la responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes ha de rendir cuentas el consejo. Entiende que, frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, es preferible esta porque proporciona al consejo una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su supervisión¹⁹. El Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2013) recomienda (7) que el consejo “se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa”. Y en el mismo sentido se expresa la Recomendación 12 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2015).

instrumento del gobierno corporativo”, *InDret*, working paper núm. 162, Barcelona, 2003; del mismo autor, “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *InDret*, working paper núm. 182, Barcelona, 2004; del mismo autor: “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1805 y ss; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995; OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno de las sociedades”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, cit., pp. 1711 y ss.

¹⁸ Tal como resume FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El debate actual sobre el gobierno corporativo”, en AA.VV., (Coord. ESTEBAN VELASCO), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 61.

¹⁹ En contra de este concepto restringido de “interés social”, ALONSO UREBA, A., “El gobierno de las grandes empresas. (Reforma legal versus códigos de conducta)” en AA.VV., (Coord. ESTEBAN VELASCO), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 105-106; ESTEBAN VELASCO, G., “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, en AA.VV., *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2005, pp. 15 y ss. EMBID IRUJO, J.M., “Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa”, *Papeles de Economía Española*, 108, 2006, p. 69; SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Bolonia, 2008, p. 63. En contra de esta interpretación JUSTE MENCÍA, J./IGARTÚA ARREGUI, F., “Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 24, 2005-1, p. 78; HERNANDO CEBRIÁ, L., “El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: interés de la sociedad e intereses de la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la tercera vía societaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 113, enero-marzo 2014, p. 14.

Pero, como explicaremos en el epígrafe siguiente, el interés social que han de perseguir los administradores de las sociedades laborales y cuya consecución, o no, habrá de servir para juzgar su diligente actuación como gestores y representantes de la sociedad laboral no coincide con los señalados para las sociedades anónimas o limitadas. Su especial interés difiere del de aquellas y determina, conforme a la nueva Ley, la conducta de los mismos.

5.2. El interés social de la sociedad laboral y su incidencia en la conducta requerida a los administradores

5.2.1. Los principios orientadores de la actuación del órgano de administración. La RSC

Se ha afirmado, con acierto, que “el fin social y la naturaleza de la actividad desarrollada caracterizan a las empresas sociales y constituyen su principal rasgo de identidad. Tal es la importancia de esta característica que (la empresa social) relega a un segundo plano la creación de valor económico en favor de la creación de valor social”²⁰. Y como se encarga de señalar la Exposición de Motivos de nueva LSLP, “las sociedades laborales también son por sus fines y principios orientadores entidades de economía social”. Como es obvio, la naturaleza de entidad de Economía Social que posee la sociedad laboral ha de modular necesaria y profundamente la actuación de sus administradores.

La norma exige que tal actuación sea “adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico”. Naturalmente, la especificidad de la Sociedad Laboral reside en que se trata de una de las Entidades de Economía Social, como ya se ha señalado, en consecuencia, los principios orientadores de la gestión del órgano de administración deben responder a los previstos por la Ley de Economía Social (art.4 LES):

- a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.
- b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.

²⁰ BURILLO SÁNCHEZ, F.J./NAVARRO MATAMOROS, L., “La empresa social”, AA.VV. *La Empresa social y su organización jurídica* (dir. y coord. Andreu Martí), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 78.

- c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.
- d) Independencia respecto a los poderes públicos.

Tales principios han sido reunidos de forma parcial en la LSLP, precisamente, como parámetro o medida de la actuación de los administradores. Así, sus arts.13. 3 y 4 prescriben que aquellos “deberán” : a) favorecer la generación de empleo estable y de calidad; b) la integración como socios de los trabajadores; c) la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; d) la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y, prosigue la Ley, “adoptarán” *políticas o estrategias de responsabilidad social*, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.

En primer lugar, es preciso indicar que la adopción de políticas de responsabilidad social engloba naturalmente el resto de deberes señalados por el art. 13. La generación de empleo estable, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad entre hombre y mujeres, la conciliación...son conductas “socialmente responsables”. En segundo lugar, y más importante, que este nuevo patrón de conducta implica la asunción de la “responsabilidad social” dentro del “interés social” de la SL²¹ y se convierte en un canon de conducta cuyas implicaciones son radicales.

Los defensores de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC, también llamada Responsabilidad Social de la Empresa, RSE)²² abogan por un concepto

²¹ Respecto de las cooperativas ha afirmado VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I., “Principios y valores cooperativos, igualdad de género e interés social en las cooperativas” CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa, , N.º. 30, 2017, pp. 47-83: “uno de los elementos que habrá de tenerse en cuenta en la determinación del interés social es precisamente el tipo de sociedad de que se trate. De este modo, sin perjuicio de que las sociedades de capital puedan tomar en consideración intereses que no sean los de los/as accionistas (bien por mandato legal, bien porque se entienda que se incluye en el interés social, o bien de modo voluntario por acuerdo de los órganos sociales), y sin perjuicio del desarrollo futuro del Derecho de sociedades o de cuestiones como la RSE, no hay que perder de vista los intereses de las personas socias que la conforman (interés privado de socios y accionistas). Por su parte, la propia naturaleza de otras entidades haría que en el interés social de éstas se incluyan elementos éticos o de preocupación con el entorno, como es el caso de las entidades de economía social (Hernando, 2014, quien precisamente incide en contraponer las sociedades de capital y las entidades de economía social, considerando que la RSE es propia de éstas)”.

²² Las tesis de la Responsabilidad Social Corporativa no están exentas de crítica. Se dice que con ellas se socava el poder regulador del Estado para evitar los daños sociales producidos por la empresas a favor de medidas puramente voluntaristas que han de adoptar los mismos agentes productores del daño que se pretende evitar, véase MC INERNEY, T.F., “Putting Regulation Before Responsibility: The Limits of Voluntary Corporate Social Responsibility”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 40, 2007, p. 17. También se afirma que la promesa de las grandes sociedades respecto de la asunción

amplio del “interés social”, comprensivo de las necesidades de todos aquellos que se relacionan con la empresa: empleados, clientes, proveedores e inversores (*stakeholders*)²³. En consecuencia, los administradores de la sociedad laboral han de contemplar tanto el objetivo de crear valor para el accionista como los intereses, plurales y diversos, de los grupos de sujetos o entidades organizados en torno a la empresa²⁴. Por tanto, dentro del margen de discrecionalidad que poseen aquellos para adoptar sus decisiones, deben compatibilizar la protección de los intereses de los *stakeholders* con el interés a la maximización del beneficio de los socios²⁵, aun cuando sea considerando este a largo o medio plazo, lo que es congruente con la filosofía de la RSC²⁶.

El papel de la RSC consiste, clásicamente, en llevar la protección de los *stakeholders* más allá de lo que exige la Ley y, al mismo tiempo, significa asumir esta tarea de *forma voluntaria*. En efecto, todos los estudios²⁷ y documentos sobre RSC coinciden en señalar que la misma es asumida por las empresas voluntaria-

de políticas de responsabilidad social puede desviar la atención pública de la necesidad de leyes y reglamentos más estrictos o convencer al público de que, para empezar, no hay ningún problema real al que enfrentarse, véase. REICH, “The Case Against Corporate Social Responsibility” *Goldman School of Public Policy Working Paper No. GSPP08-003* (August 1, 2008), p. 5. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1213129>. En un sentido parecido, refiriéndose a la “autorregulación” mediante “Códigos de Conducta” de Buen Gobierno Corporativo pero con reflexiones que podrían quizás trasladarse al objeto de nuestro estudio, véase. RECALDE CASTELLS, A., “Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de Buen Gobierno”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 7-I/2003, p. 67: “...la autorregulación deja el cumplimiento o incumplimiento en manos de aquellos a quienes van dirigidas las pautas de conducta que se pretenden implantar”.

²³ ESTEBAN VELASCO, G., “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, en AA.VV., *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2005, pp. 15 y ss.

²⁴ REICH, R.B., “The new meaning of Corporate Social Responsibility”, *California Management Review*, Vol. 40, Núm. 2, Winter, 1998, pp. 3-17.

²⁵ EMBID IRUJO, J.M., “Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa”, *Papeles de Economía Española*, 108, 2006, p. 69; SERRANO CAÑAS, *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Bolonia, 2008, p. 63.

²⁶ EMBID IRUJO, J.M., “Perfil jurídico de la Responsabilidad Social Corporativa”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 12-III, 2004, p. 60. Del mismo autor, “Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa”, cit., p. 69.

²⁷ Entre otros muchos, véase EMBID IRUJO, J.M., “La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 42, 2004, p. 22; RIVERO TORRE, P., “Responsabilidad social corporativa”, en AA.VV., *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2005, p. 78; BUONOCORE, B., “Responsabilità dell’impresa fra libertà e vincoli”, AA.VV., *La responsabilità dell’impresa. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, núm.237, Milán, 2006, p. 39; CAFAGGI, F., “La complementarità tra responsabilità sociale e responsabilità giuridica d’impresa”, AA.VV., *Guida critica alla Responsabilità sociale e al governo d’impresa*, Roma, 2005, p. 224.

mente²⁸. Por poner sólo algunos ejemplos significativos, para el Consejo Mundial para el Desarrollo Sostenible, la RSE es “el compromiso duradero de la misma para comportarse de manera ética y contribuir al desarrollo económico al mismo tiempo que mejora la calidad de vida de los trabajadores, de sus familias, de la comunidad donde radica y de la sociedad en su conjunto”. Y el Informe–conclusiones del Foro de Expertos sobre RSE (julio 2007) señala: “La Responsabilidad Social de la Empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones”. En el mismo sentido se pronuncian la Comunicación de la Comisión Europea sobre “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”, de 25 de octubre de 2011 y la Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora (Gobierno de España-2015).

Por tal razón, sólo en aquellos supuestos en que la sociedad o su consejo de administración adoptan expresa y públicamente un código de conducta que asume los paradigmas de la RSC, bien en los estatutos, en los reglamentos de régimen interno o mediante acuerdos de la junta de socios o del consejo de administración, éste se convierte en norma de obligado cumplimiento para ambos²⁹ y, en consecuencia, su vulneración implicará que los administradores no han aplicado el patrón de diligencia que les es exigible en su actuación.

²⁸ Voluntariamente en cuanto que no es exigida por la ley, sin embargo, la implantación de políticas de RSC responde en muchas ocasiones a la presión social y del mercado, véase. MC BARNETT, D., “Corporate social responsibility beyond law, through law, for law”, *University of Edinburgh School of Law, Working Papers Series 2009/3*, pp. 6 y ss.

²⁹ Véase, aunque refiriéndose a los Códigos de Buen Gobierno Corporativo, MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, p. 510; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los consejeros”, en AA.VV. (Coord. ESTEBAN VELASCO), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, cit., pp. 556-557. Respecto a las reglas de los Códigos de RSC, véase EMBID IRUJO, J. M., “Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa”, cit., p. 66: “(vincularán) a quienes decidan, libre y voluntariamente, asumirlas”. En este sentido, el prolegómeno de la Recomendación 7 del Código Conthe, tras afirmar que el objetivo último de la compañía debe ser la maximización del valor económico de la empresa, afirma: “Nada de esto significa que los intereses de los accionistas hayan de perseguirse a cualquier precio, sin tener en cuenta los de otros grupos implicados en la empresa y los de la propia comunidad en que se ubica. El interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el Derecho... cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales... y, en general, observando aquellos principios de responsabilidad social que la compañía haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios”.

Por el contrario, para los administradores de las sociedades laborales el desarrollo de políticas socialmente responsables o de RSC se ha convertido, en virtud de la nueva Ley, en un imperativo legal³⁰. La conducta de los administradores de las sociedades laborales deberá ser diligente y leal –parámetros de conducta tradicionales y miméticos a los establecidos en la LSC–, pero además, y por primera vez en nuestro Ordenamiento, ha de ser “responsable” (art. 13.3 LSLP), adoptando políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia (art. 13.4 LSLP) aspectos todos ellos propios de la cultura de empresa “socialmente responsable”. Lo cual implica tácitamente que se ha asumido la RSC como parte del interés social de la SL. La conducta empresarial “responsable” está relacionada con los aspectos éticos de la gestión empresarial, con la sostenibilidad de la misma, con la atención a los intereses de los distintos grupos que forman parte de ella o se relacionan de algún modo con ella. La conducta empresarial responsable es una disciplina que debe ser asumida por los administradores para que su gestión pueda ser considerada una “buena práctica”. Se trata, en definitiva, de la RSC³¹ y cómo esta opera, *ex lege*, como patrón de actuación para los administradores de las sociedades laborales.

5.2.2. Las consecuencias inmediatas del nuevo patrón de comportamiento.

Este imperativo legal tiene dos consecuencias inaplazables. En primer lugar, que las decisiones adoptadas por los administradores de las sociedades laborales deberán ser juzgadas a la luz de los principios propios de la RSC. Los acuerdos y actuaciones del órgano de administración que vulneren claramente estos prin-

³⁰ De gran interés (aun cuando referidas a otro tipo de empresa de Economía Social) las palabras de MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M., “Responsabilidad social corporativa y sociedades cooperativas”, en AA.VV., *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil*, cit., p. 271: “Las cooperativas representan una forma de hacer empresa que se basa en los valores constitutivos de la RSC pues las acciones que llevan a cabo y su forma de organizarse, incluso por imperativo legal, están directamente basadas en la solidaridad, la democracia, la igualdad, la equidad, la responsabilidad y la vocación social, entre otras”.

³¹ De la relación entre el fin social de las empresas de economía social y la Responsabilidad Social de la Empresa, véase BURILLO SÁNCHEZ, F.J./NAVARRO MATAMOROS, L., “La empresa social”, cit., p. 81. Sobre los orígenes de la RSC, HARWELL WELLS, C.A., “The cycles of corporate social responsibility: an historial retrospective for the twenty-first century”, *Kansas Law Review*, vol. 51, 2002, pp. 77 y ss; BRANSON, D.M., “Corporate governance “reform” and the new corporate social responsibility”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 62, 2001, pp. 605 y ss. No obstante se afirma que políticas empresariales que hoy calificaríamos como “socialmente responsables” comienzan a aparecer con la Revolución Industrial a finales del siglo XVIII: los empresarios proporcionaban vivienda y educación (incluida la educación “moral”) a los trabajadores y a sus hijos, apoyaban a la iglesia local o construían canales o carreteras dada la ausencia de un Estado que cubriera estas carencias, véase WHITMAN, G./DAVIS, M./ZALD, M., “The Responsibility Paradox: Multinational Firms and Global Corporate Social Responsibility” *Ross School of Business Paper No. 1031, Abril, 2006*, p. 4.

cipios supondrán un incumplimiento de los deberes exigidos legalmente a los administradores y de la diligencia que normativamente les es impuesta, por tanto, pueden ser causa de impugnación de los acuerdos adoptados con violación de aquellas o de responsabilidad civil.

En segundo lugar, que los administradores vienen legitimados por la Ley a realizar “gastos socialmente responsables”. Ya sea un gasto dirigido a promover acciones socialmente responsables aun cuando no directamente destinado a evitar daños empresariales a los *stakeholders*, vg., desarrollar o apoyar proyectos educativos, colaborar con las ONG’s en proyectos de desarrollo en los países pobres, o desarrollar o apoyar proyectos culturales y/o deportivos; ya recaiga la inversión, concretamente, en políticas de evitación de riesgos y potenciales daños a los *stakeholders*, tales como respetar los derechos humanos y la intimidad de los trabajadores y proveedores, no discriminar y promover la igualdad, en especial de las trabajadoras, atender y proteger los derechos de los clientes o ser respetuosos con el medio ambiente.

Es admisible sostener entonces que los administradores están jurídicamente legitimados para “integrar y componer de forma adecuada (equilibrada y de forma compatible con la supervivencia de la empresa) los intereses de esos grupos de interés implicados”³². Ello entrañaría, a su vez, que ante una demanda de responsabilidad de la sociedad contra los administradores debido a los gastos realizados en políticas de RSC estos pudieran oponerse alegando la oportunidad de sus decisiones en atención a los “otros intereses en juego”, distintos de los de los socios, cuya tutela les compete en la gestión de la sociedad laboral³³.

5.2.3. Las políticas de RSC que deben promover los administradores de las sociedades laborales

El problema más arduo a resolver consiste en determinar qué políticas de RSC están los administradores de las sociedades laborales obligados a promover de forma concreta. Es cierto que las conductas empresariales “socialmente responsables” no forman todavía un cuerpo uniforme ni son objeto de una práctica

³² ESTEBAN VELASCO, G., “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, cit., p. 49.

³³ ESTEBAN VELASCO, G., “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, cit., p. 53.

Se ha planteado la hipótesis de que es posible un conflicto de intereses entre los accionistas y los administradores en torno a cuánto gastar en RSC: estos últimos pueden verse animados a realizar un gasto considerado excesivo por los primeros, no para beneficiar a la empresa, aun cuando sea a medio o largo plazo, sino para mejorar su propia imagen profesional, su reputación en el mercado como personas que tratan bien a sus empleados, sus proveedores, sus clientes, etc. Véase BARNEA, A./RUBIN, A., “Corporate Social Responsibility as a Conflict between Shareholders”, *EFA 2006 Zurich Meetings*, p. 2. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=686606>

nacional o internacional que pudiera considerarse consolidada y a la que estos gestores debieran ajustarse. No obstante, los esfuerzos de distintas organizaciones internacionales, comunitarias y nacionales por trazar lo que haya de considerarse conductas empresariales “socialmente responsables” son muy numerosas y, sin duda, es posible encontrar coincidencias en muchas de sus propuestas³⁴. En nuestra opinión, los administradores de las sociedades laborales deben promover prácticas socialmente responsables, al menos, en los ámbitos expresamente ordenados por la Ley. Y para acotar mínimamente cuáles han de ser tales conductas emplearemos el más reciente documento institucional en España sobre la materia que recoge la experiencia y desarrollo de otros documentos europeos y españoles anteriores: la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (Gobierno de España-2015) que, a tenor de su Introducción, “debe constituirse como un elemento de orientación y de apoyo al desarrollo de prácticas en este ámbito para todas las empresas”.

En primer lugar, los administradores de las sociedades laborales deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad y la integración como socios de los trabajadores (art. 13.3 LSLP). Tal como indica la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas, la RSC debe aumentar la eficacia de las organizaciones en la promoción de la igualdad de oportunidades y la inclusión social. Los administradores deben, por tanto, ocuparse preferentemente de la vertiente social de la sociedad laboral y convertirla en un elemento de cohesión social para ayudar a reducir los efectos sociales de la crisis económica, principalmente la pérdida de puestos de trabajo, mediante la creación de empleo.

En segundo lugar, están obligados a impulsar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (art. 13.3 LSLP)³⁵. Conforme a lo señalado por la Estra-

³⁴ Véase, entre los más relevantes, además de los citados en texto: El Pacto Mundial de julio de 2000 (ONU), LIBRO VERDE: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas de 2001 (Comisión de las Comunidades Europeas), COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible de julio de 2002 (Comisión de las Comunidades Europeas), INFORME sobre la Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible de abril de 2003 (Parlamento Europeo), Código de conducta para las empresas europeas que operan en países en desarrollo de enero de 1999 (Parlamento Europeo), Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde — Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas» de 2002 (CES), Informe final del European Multi Stakeholder Forum on Corporate Social Responsibility de 2004, RESOLUCIÓN DEL COMITÉ CONSULTIVO DEL EEE de 26 de junio de 2002 sobre gobernanza y responsabilidad social de las empresas en un mundo globalizado, Sesiones de trabajo I, II, III, IV, V y VI del Foro de Expertos en RSE de 2005 (y años sucesivos) (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 424, de 4 de agosto de 2006, p. 107).

³⁵ Entre los desarrollos legislativos que abordan la responsabilidad social de las empresas de forma explícita, destaca la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y

tegia, las empresas deben favorecer la diversidad en las plantillas, mediante una política de igualdad de oportunidades y la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en las empresas, incluidos los propios Comités de Dirección y los Consejos de Administración, lo cual constituye una medida eficaz para alcanzar la igualdad en materia de selección, promoción, formación y retribución salarial.

En tercer lugar, habrán de programar una política de organización del trabajo que permita tanto a sus socios trabajadores como a sus trabajadores no socios la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 13.3 LSLP). La Estrategia señala como paradigma la “aplicación de fórmulas como el teletrabajo, de mecanismos que permitan la organización flexible del trabajo, y otras que faciliten la racionalización de los horarios y la conciliación de la vida personal, familiar y profesional”.

Por último, los administradores de las sociedades laborales han de fomentar las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia (art. 13.4 LSLP). Las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia son consustanciales a las empresas socialmente responsables. La Estrategia señala el significativo papel de los consejos de administración y órganos directivos en el desarrollo y seguimiento de las estrategias de las sociedades socialmente responsables y señala distintas actuaciones en este ámbito. Podemos citar entre las más relevantes la redacción de informes o memorias de responsabilidad social en las que se identifique los indicadores de seguimiento que mejor se adapten a la actividad para evaluar los avances obtenidos sobre los objetivos y compromisos asumidos en RSC, y generar, a la vez, sus propias prácticas para la elaboración de los reportes de RSC y memorias de sostenibilidad de forma transparente, rigurosa y comparable; la mejora de la gobernanza empresarial, en especial por lo que respecta a su relación con las administraciones públicas y con los trabajadores y sus representantes; la promoción de una actuación fiscal ejemplar; la implantación de programas de integridad y lucha contra la corrupción; la elaboración de códigos

hombres. Sobre la misma véase Cavas Martínez, F.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La Ley orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva: los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”, *Anales de Derecho*, Nº 25, 2007, pp. 343-370; AA.VV., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (coord. por Sala Franco, Ballester Pastor, Baño León, Embid Irujo, Goerlich Peset), La Ley, Madrid, 2008; desde una perspectiva mercantilista, en la obra citada, EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, pp. 269-354; AA.VV., *Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Sánchez Trigueros, C. (dir., Sempere Navarro, A.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008; respecto a la participación de las mujeres en el órgano de administración, en la última obra citada, FARIAS BATLLE, M., “Artículo 75. Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles”, pp. 527-540; BOLDÓ RODA, C., “Incidencia de la Ley de Igualdad en las empresas de economía social”, AA.VV., *Economía Social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social* (Dir. Gómez Manresa, Pardo López), Comares, Granada, 2013, pp. 3-18.

éticos y la adhesión de las organizaciones a iniciativas internacionales comprometidas con estos criterios; el impulso a la RSC como mecanismo para fortalecer la imagen de España; el respeto a los derechos humanos en sus actividades en el extranjero, bien de forma directa o indirecta a través de sus proveedores; la elaboración de informes anuales que incorporen de forma transparente la información de aspectos sociales, ambientales, y de buen gobierno; la adopción de políticas de creación y mantenimiento de empleo y de igualdad de género así como de aquellos programas de recursos humanos que más favorecen la empleabilidad de los trabajadores; y la minimización del impacto medioambiental de su actividad.

En cuanto al deber de ser “transparente”, la transparencia aplicada a la sociedad laboral significa que sus administradores han de tener la disposición de informar sobre la situación actual de la misma, las decisiones que se adoptan para su mejor gestión y quién las toma. La gestión transparente implica a su vez una gestión ética, de tal forma que los criterios que se siguen, cuando se toma una decisión, puedan presentarse con claridad a las personas que tengan derecho a conocerlos. La transparencia entraña ante todo la actitud y disponibilidad de informar así como la garantía de acceso, apertura y visibilidad de la información que permita prácticas de certidumbre entre la sociedad laboral y los sujetos internos y externos que se relacionan con ésta. En definitiva se trata de la llamada “comunicación estratégica” que tanto en su vertiente interna, con los trabajadores, los inversores, los proveedores, como externa, los consumidores, el público en general es uno de los ejes importantes en la implementación de la Responsabilidad Social Corporativa.

5.3. Diligencia y lealtad

Para terminar hemos de referirnos a los otros dos parámetros de conducta de los administradores que impone la Ley de Sociedades Laborales. Ninguno de ellos difiere de los exigidos a los administradores de las sociedades de capital no laborales sino es por su relación con las pautas de diligencia ya explicitadas.

El art. 13.3 de la LSLP prescribe que la actuación de los administradores deberá ser diligente y leal.

En su condición de titulares del órgano de administración de la sociedad laboral, los administradores vienen obligados a desplegar todas las actividades materiales y jurídicas precisas para ejecutar los acuerdos de la junta general de socios, gestionar de forma adecuada la entidad y representarla en la forma normativa y estatutariamente establecida. Esto implica para ellos la obligación de realizar el conjunto de actos necesarios para que la administración societaria se realice aplicando la diligencia de “un ordenado empresario” por remisión al art. 225.1 LSC. Se impone con ello un módulo general de cuidado en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo cuya inobservancia servirá, en su caso, como criterio

de imputación de responsabilidad civil a los administradores en cualquier caso en que actúen ilícitamente. La imposición del deber de diligente administración responde, a su vez, a la imposibilidad de que la Ley y los estatutos enumeren taxativamente todos los deberes exigibles a los administradores para lograr el correcto desenvolvimiento de la vida social, por ello se impone un deber general de administrar con diligencia que funciona como cláusula general, e indica cómo debe desenvolverse la administración societaria en aquellos supuestos en que las obligaciones del administrador no se encuentren señaladas de forma precisa. El deber de diligencia es, por consiguiente, una pauta de administración de la sociedad que determina la conducta debida por el administrador en cada supuesto concreto que no esté específicamente regulado por la Ley o los estatutos. El matiz que debería añadirse es que este patrón de correcta administración está modalizado en el caso de los administradores de las sociedades laborales por el resto de exigencias de actuación que le son impuestas por la Ley en torno, fundamentalmente, al desempeño de una “gestión socialmente responsable”

Por su parte, el art. 227 LSC dispone que “Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.” Con ello se explicita la obligación del administrador para con la sociedad a la que gestiona y representa de primar los intereses de aquella sobre los propios cuando estos se hallan en una situación de conflicto. Se trata de evitar, de este modo, que los beneficios y ventajas que correspondan a la sociedad sean explotados ilegítimamente y de forma oportunista por el administrador aprovechando su condición de gestor³⁶. Del mismo modo que hemos afirmado con el patrón de diligencia, el patrón de conducta leal se modula aquí en función del “interés social” propio de las sociedades laborales: no el de la maximización del beneficio del socio, sino la defensa de los principios propios de la RSC.

³⁶ El deber de lealtad es concretado por la LSC en una serie de deberes y prohibiciones dirigidas a los administradores. Sobre la concreción del deber de lealtad y sus razones resulta de interés PAZ ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, 2007, pp. 29 a 68 y ORIOL LLEBOT, J.O., “Capítulo I. Deberes y responsabilidad de los administradores”, en AA.VV. (Dres. Rojo/Beltrán), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 23 y ss; HERNANDO CEBRIÁ, L., “Capítulo 4. Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1”; ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Capítulo 5. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228”; BOLDÓ RODA, C., “Capítulo 6. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Capítulo 7. Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: artículo 230”; todos ellos en AA.VV., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. Hernando Cebriá), Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, pp. 137-304.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* / coord. por Sala Franco, Ballester Pastor, Baño León, Embid Irujo, Goerlich Peset, La Ley, Madrid, 2008.
- AA.VV., *Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Sánchez Trigueros, C. (dir.), Sempere Navarro, A. (dir.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Capítulo 5. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228” en AA.VV., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. Hernando Cebriá), Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, pp. 187-239.
- “Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2013”, *Archivo Commenda de Jurisprudencia societaria (2013-2014)*, (Dir. Embid Irujo), Ed. Comares, Granada, 2015, pp. 143-147.
- ALONSO UREBA, A., “El gobierno de las grandes empresas. (Reforma legal *versus* códigos de conducta)” en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (Coord. Esteban Velasco), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 95-136.
- BARNEA, A./RUBIN, A., “Corporate Social Responsibility as a Conflict between Shareholders”, *EFA 2006 Zurich Meetings*, Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=686606>, pp. 1-33.
- BATLLE SALES, G., “Consecuencias jurídicas del carácter “laboral” en la organización social de la sociedad”, en AAVV, *Régimen jurídico de las sociedades laborales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- BOLDÓ RODA, C., “Incidencia de la Ley de Igualdad en las empresas de economía social”, AA.VV., *Economía Social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social* (Dir. Gómez Manresa, Pardo López), Comares, Granada, 2013, pp. 3-18.
- “Capítulo 6. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”; en AA.VV., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. Hernando Cebriá), Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, pp. 241-280.
- BOQUERA MATARREDONA, J., “El órgano de administración en las Sociedades Laborales”, CIRIEC-España. *Revista Jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 13, 2002, pp. 111-124.
- BRANSON, D.M., “Corporate governance “reform” and the new corporate social responsibility”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 62, 2001, pp. 605-647.
- BUNOCORE, V., “Responsabilità dell’impresa fra libertà e vincoli”, AA.VV., *La responsabilità dell’impresa, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, núm. 237, Milán, 2006, pp. 21-68.
- BURILLO SÁNCHEZ, F.J./NAVARRO MATAMOROS, L., “La empresa social”, AA.VV. *La Empresa social y su organización jurídica* (dir. y coord. Andreu Martí), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61-90.

- CAFAGGI, F., “La complementarità tra responsabilità sociale e responsabilità giuridica d’impresa”, AA.VV., *Guida critica alla Responsabilità sociale e al governo d’impresa*, Bancaria Editrice, Roma, 2005, pp. 219-230.
- CANO LOPEZ, A., *La Sociedad Laboral: una forma jurídica de empresa de economía social*, CES, Madrid, 2002.
- CAVAS MARTÍNEZ, F./ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La Ley orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva : los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”, *Anales de Derecho*, N° 25, 2007, pp. 343-370.
- EMBED IRUJO, J.M., “La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 42, 2004, pp. 11-44.
- “Perfil jurídico de la Responsabilidad Social Corporativa”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 12-III, 2004, pp. 51-76.
- “Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa”, *Papeles de Economía Española*, 108, 2006, pp. 63-72.
- “Los aspectos mercantiles de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, AA.VV., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* / coord. por Sala Franco, Ballester Pastor, Baño León, Embid Irujo, Goerlich Peset), La Ley, Madrid, 2008, pp. 269-354.
- “Responsabilidad social corporativa y capital-riesgo”, *Revista Española de Capital Riesgo*, nº 3, julio-septiembre 2009, pp. 3-14.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., “Capítulo 7. Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: artículo 230”; en AA.VV., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. Hernando Cebriá), Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, pp. 281-304.
- ESTEBAN VELASCO, A., “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, en AA.VV., *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2005, pp. 13-62.
- FARIAS BATLLE, M., “Artículo 75. Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles”, AA.VV., *Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, (dirs. Sánchez Trigueros, Sempere Navarro), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 527-540.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El debate actual sobre el gobierno corporativo”, en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas* (Coord. ESTEBAN VELASCO), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 55-94.
- GÓMEZ CALERO, J., *Las Sociedades Laborales*, Comares, Granada, 1999.
- HARWELL WELLS, C.A., “The cycles of corporate social responsibility: an historical retrospective for the twenty-first century”, *Kansas Law Review*, vol. 51, 2002, pp. 77-140.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., “El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: interés de la sociedad e intereses de la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la tercera vía societaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 113, enero-marzo 2014, pp. 79-126.

- “Capítulo 4. Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1” en AA.VV., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. Hernando Cebriá), Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, pp. 137-186.
- “Órgano de administración (III). El Consejo de Administración”, en AA.VV., *Derecho de sociedades de capital* (dir. Embid Irujo, coords. Ferrando Villalba, Hernando Cebriá, Martí Moya), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 324 y ss.
- JUSTE MENCÍA, J./IGARTÚA ARREGUI, F., “Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 24, 2005-1, pp. 75-89.
- LEÓN SANZ, F.J., “Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración”, AA.VV., *Comentario de la reforma del Régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas* (coord. Juste Mencía), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 497-520.
- LLEBOT MAJÓ, J.O., “Capítulo I. Deberes y responsabilidad de los administradores”, en AA.VV. (Dres. Rojo/Beltrán), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 23-54.
- MARTÍNEZ SANZ, F./PÜTZ, A., “De los administradores”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas* (coord. por Arroyo Martínez, Embid Irujo, Górriz López), Tecnos, Madrid, Vol. 2, 2009, pp. 1365- 1578.
- MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M., “Responsabilidad social corporativa y sociedades cooperativas”, en AA.VV., *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil*, Comares, Granada, 2010.
- MC BARNETT, D., “Corporate social responsibility beyond law, through law, for law”, *University of Edinburgh School of Law, Working Papers Series 2009/3*, pp. 1-63.
- MC INERNEY, T. F., “Putting Regulation Before Responsibility: The Limits of Voluntary Corporate Social Responsibility”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 40, 2007, pp. 171-201.
- MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002.
- NEILA NEILA, J.M., *Sociedades Laborales*, Dykinson, Madrid, 1998.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno de las sociedades”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1771-1804.
- PAZ-ARES, C., “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1805-1818.
- “La responsabilidad de los administradores como instrumento del gobierno corporativo”, *InDret*, working paper núm. 162, Barcelona, 2003, pp. 1-61.
- “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *InDret*, working paper núm. 182, Barcelona, 2004, pp. 1-38.
- *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, 2007.

- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los consejeros”, en AA.VV. *El gobierno de las sociedades cotizadas* (Coord. Esteban Velasco), Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 537-571.
- RECALDE CASTELLS, A., “Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de Buen Gobierno”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 7-I/ 2003, pp. 51-77.
- REICH, R.B., “The Case Against Corporate Social Responsibility”, *Goldman School of Public Policy Working Paper No. GSPP08-003* (August 1, 2008), pp. 1-63.
- “The new meaning of Corporate Social Responsibility”, *California Management Review*, Vol. 40, Núm. 2, Winter, 1998, pp. 8-17.
- RIVERO TORRE, P., “Responsabilidad social corporativa”, en AA.VV., *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2005, pp. 63-98.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Valor accionarial y orientación *stakeholder*: Bases para un nuevo gobierno corporativo”, *Papeles de Economía Española*, nº 108, 2006, pp. 10-26.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./ GOÑI SEIN, J.L./ HUCHA CELADOR, F./ PERDICES HUETO, A., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ OLIVENCIA, M.), t. XV, *Sociedades Laborales* (Ley 4/1997, de 24 de marzo), Civitas, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 246, 2002, pp. 1653-1725.
- SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Bolonia, 2008.
- STAVINS, F. /VIETOR, R. /REINHARDT, R., “Corporate Social Responsibility Through an Economic Lens”, *HKS Working Paper No. RWP08-02*, 2008. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1123264>, pp. 1-36.
- WHITMAN, G./DAVIS, M. /ZALD, M., “The Responsibility Paradox: Multinational Firms and Global Corporate Social Responsibility” *Ross School of Business Paper No. 1031*, Abril, 2006, pp. 1-41.

II

XURISPRUDENCIA

II.1. COMENTARIOS XURISPRUDENCIA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 135-150
ISSN: 1130-2682

COMENTÁRIO O ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES
DE 23.11.2017 SOBRE UM LITÍGIO RELATIVO A BALDIO(S)

*COMMENTARY ON A DECISION OF THE COURT
OF APPEAL OF GUIMARÃES CONCERNING A
DISPUTE ABOUT COMMON LAND (BALDIO)*

RUI PINTO DUARTE*

Recepción: 11/09/2018 - Aceptación: 10/10/2018

¹ Advogado. Professor catedrático convidado da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa. Rua Castilho, 14-C, 5.º, 1250-069 Lisboa. Correio eletrónico: rpduarte@rpdadvogados.pt.

RESUMO

O presente texto comenta uma decisão da Relação de Guimarães sobre a legalidade de uma deliberação de cisão de um baldio tomada por alguns dos compartes. A propósito da possibilidade de tal cisão, revisita-se o próprio conceito de baldio.

PALAVRAS-CHAVE: baldio; comunidade; pessoa jurídica.

ABSTRACT

This text comments on a decision of the Portuguese Court of Appeal of Guimarães about the legality of a resolution of demerger of a *baldio* (type of common land) taken by some of the commoners. The discussion of the feasibility of such demerger gives opportunity to revisit the concept of *baldio* itself.

KEY WORDS: *baldio*; common land; community; legal person.

SUMÁRIO: 1. OS PROBLEMAS SUSCITADOS PELO CASO; 2. OS FACTOS PRINCIPAIS; 3. O PEDIDO PRINCIPAL E A CONTESTAÇÃO DO MESMO; 4. AS DECISÕES; 5. A LEI APLICADA, A LEI VIGENTE E ALGUMAS DAS QUE AS PRECEDERAM; 6. NOÇÕES BÁSICAS; 7. OS BALDIOS COMO COISAS; 8. OS BALDIOS COMO SUJEITOS JURÍDICOS; 9. ESTRUTURA ORGÂNICA DOS BALDIOS; 10. FUSÃO DE BALDIOS; 11. CISÃO DE BALDIOS; 12. A NOÇÃO DE BALDIO; 13. EM JEITO DE CONCLUSÃO. 14. BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1. *THE PROBLEMS RAISED BY THE CASE*; 2. *THE MAIN FACTS*; 3. *THE PRINCIPAL REQUEST AND THE DEFENCE AGAINST IT*; 4. *THE DECISIONS OF THE COURTS*; 5. *THE LAW APPLIED, THE LAW CURRENTLY IN FORCE AND SOME OF THE LAWS THAT PRECEDED BOTH*; 6. *BASIC CONCEPTS*; 7. *COMMON LAND (BALDIOS) AS THINGS*; 8. *COMMON LAND (BALDIOS) AS LEGAL SUBJECTS*; 9. *ORGANIC STRUCTURE OF COMMON LAND (BALDIOS)*; 10. *MERGER OF COMMON LAND (BALDIOS)*; 11. *DEMERGER OF COMMON LAND (BALDIOS)*; 12. *THE CONCEPT OF COMMON LAND (BALDIOS)*; 13. *A KIND OF CONCLUSION*. 14. *BIBLIOGRAPHY*.

1 OS PROBLEMAS SUSCITADOS PELO CASO

O caso sobre que recaiu o acórdão sob comentário suscita problemas interessantes e dá azo a que se reflita sobre a própria noção de baldio.

O primeiro problema, mais imediato, é o da possibilidade de cisão de baldios.

O segundo problema, de natureza mais especulativa, é o do «critério da unidade» dos baldios, o que engloba estas duas dúvidas (muito concretas):

- a) Pode um baldio ser formado por terrenos descontínuos?
- b) Pode um terreno contínuo estar dividido em vários baldios?

Para facilitar a compreensão deste segundo problema, vale a pena apresentar, desde já, critérios de determinação da unidade dos baldios abstratamente possíveis, surgindo como tais:

- A localização numa única freguesia, com a consequência de que todos os terrenos com a natureza de baldios nela situados formariam um único baldio;
- O do conjunto dos compartes, com a consequência de que todos os terrenos com a natureza de baldios de que fossem compartes o mesmo conjunto de pessoas formariam um único baldio;

- O da unidade de exploração, com a consequência de que todos os terrenos com a natureza de baldios unidos economicamente formariam um único baldio.

Além de tais problemas, o caso é, como adiantei, bom pretexto para que se reflita sobre a própria noção de baldio.

Para abordar as questões enunciadas, vou tentar reduzir o que resulta do acórdão - quanto a factos, posições das partes e decisões - ao mínimo essencial, para de seguida, por referência a tal síntese, alinhar algumas considerações de índole geral e, com base nelas, apresentar algumas opiniões. Deixo explicitado que tais considerações e opiniões não pretendem valer para todos os regimes que os baldios já tiveram ou possam vir a ter, sendo indesligáveis das normas que as amparam.

2 OS FACTOS PRINCIPAIS

Os factos principais do caso parecem ser os seguintes:

- A existência de vários terrenos (provavelmente descontínuos) tidos como baldios, situados na mesma freguesia;
- Esses terrenos terem sido geridos pela junta de freguesia até setembro de 2007;
- A aprovação, em setembro de 2007, por uma assembleia de pessoas que se intitularam compartes, de uma deliberação de constituição de um conselho diretivo para gerir esses terrenos como um baldio (o «baldio Y»);
- A aprovação, em fevereiro de 2010, por um conjunto de pessoas que se intitularam compartes de um dos terrenos integrados no baldio Y, de deliberações que visaram «autonomizar a administração da sua unidade de baldio do restante da freguesia» (formando o «baldio X») e eleger «órgãos de gestão próprios».

3 O PEDIDO PRINCIPAL E A CONTESTAÇÃO DO MESMO

A ação foi proposta pelo conselho diretivo do baldio X contra o conselho diretivo do baldio Y e o Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas IP, tendo como primeiro pedido (cuja procedência condicionava a dos demais) o reconhecimento de que o conselho diretivo do baldio X seria «único e exclusivo administrador da unidade de baldio de X».

Na sua contestação, o conselho diretivo do baldio Y sustentou, além do mais, que «não pode sem mais proceder-se ao abandono da estrutura que geria a totalidade dos baldios da freguesia de Y e criar-se uma outra estrutura paralela e com competências sobrepostas».

4 AS DECISÕES

Em primeira instância, a ação foi julgada totalmente improcedente, com base (segundo resulta do acórdão sob comentário) no argumento de que em cada freguesia só poderia haver um conselho diretivo de baldio.

O tribunal de segunda instância também julgou a ação totalmente improcedente, mas com fundamentação diferente¹, assim formulada:

«[...] salvo melhor juízo, não se descortina na lei a possibilidade de o mesmo baldio ser administrado por dois diferentes Conselhos Directivos contra a vontade daquele que se constituiu em primeiro lugar. E a lei não consagra igualmente a faculdade de se operar unilateralmente a secessão de um baldio que faça parte de um território maior composto por mais baldios e administrado por um Conselho Directivo. Assim, considerando, designadamente, o disposto nos artigos 5.º n.º 1, 11.º n.ºs 1 e 2 e 15.º n.º 1 d) e q) da Lei 68/93, se os compartes da localidade de X querem autonomizar a gestão dos baldios desse lugar, uma vez que, por vontade sua, desde 2007, integram o réu Baldios de Y, terá que ser nos órgãos competentes dos compartes deste que, através de deliberação, têm que obter essa autonomia. Terão que agir dentro da comunidade local a que voluntariamente aderiram e aceitar democraticamente o resultado do que aí se decidir.»

5 A LEI APLICADA, A LEI VIGENTE E ALGUMAS DAS QUE AS PRECEDERAM

O acórdão sob comentário aplicou a Lei 68/93, de 4 de setembro, que vigorava ao tempo dos factos.

Atualmente, porém, vigora a Lei 75/2017, de 17 de agosto².

É de notar que a versão inicial da Lei 68/93, de 4 de setembro, foi profundamente alterada por vários diplomas, mormente pela Lei 72/2014, de 2 de setem-

¹ Em crítica ao que parece ter sido o argumento central da decisão de primeira instância, consta do acórdão sob comentário: «[...] para a Lei 68/93 as “comunidades locais” não têm como limite mínimo territorial “a menor divisão administrativa territorial”, ou seja a freguesia. No âmbito daquela lei a correspondência entre a comunidade local e a freguesia é somente uma das hipóteses; mas não é a única, nem esta constitui qualquer limite mínimo quanto à área daquela. Assim, não se pode acompanhar a fundamentação do tribunal *a quo* que conduziu à improcedência da acção.»

² Na compreensão da Lei 75/2017, de 17 de agosto, há que ter em conta - seja pelos seus articulados, seja pelas suas exposições de motivos - os vários projetos de lei apresentados à Assembleia da República, em 2016, sobre a matéria dos baldios: 162/XIII/1.^a (Bloco de Esquerda), 276/XIII/1.^a (Partido Comunista Português), 282/XIII/1.^a (Partido Socialista) e 295/XIII/1.^a (Partido Ecologista «Os Verdes»).

bro³ – que aparece referida no acórdão, nomeadamente no relato da imputação feita pelo recorrente à decisão de primeira de instância de ter considerado que «em face da Lei de Baldios vigente, lei 72/2014 e numa interpretação imaginativa do seu artigo 1.º que dentro de uma freguesia apenas pode existir uma unidade de baldio e portanto todas as povoações que lhe pertençam ficaram impedidas de deliberar autonomamente a instituição de órgãos de gestão próprios».

Vale ainda a pena lembrar que os baldios são realidade antiquíssima (em Portugal e noutros países, merecendo destaque a grande proximidade com os *montes veciñais* da Galiza⁴) objeto de regulação há muito tempo⁵, regulação essa que tem refletido equilíbrios diversos entre os vários interesses em presença⁶, nomeadamente os das comunidades que deles beneficiam e os ligados à expansão da propriedade privada ou estatal e que o regime político saído da revolução de 1974 originou uma viragem naquele que parecia o sentido dominante dessa regulação desde, pelo menos, finais do século XVIII, passando o traço dominante da lei a ser o de proteger a propriedade comunitária dos baldios – e não o de a constranger⁷.

³ Para uma análise da Lei 72/2014, de 2 de setembro, v. Aguiar, N., «Crítica à Reforma de 2014 da Lei dos Baldios», in CES, n.º 37, 2014-2015, pp. 377- 388. Sobre a constitucionalidade algumas das suas normas, v. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 595/2015, de 17.11.2015.

⁴ A bibliografia espanhola sobre os *montes veciñais* é muito vasta. A título de exemplos para leitores portugueses, refiro duas teses de doutoramento: Raposo Arceo, J. J., *Regime Jurídico de los Montes Vecinales en Man Común en el Marco de la Propiedad Forestal*, 1996 (tese apresentada à Universidade de La Coruña), disponível em https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13875/RaposoArceo_JuanJesus_TD_1996_01de2.pdf?sequence=1, e Fernández Santiago, C., *O Réxime Xurídico-privado dos Montes Veciñais en Man Común, Natureza e Titularidade*, 2005 (tese apresentada à Universidade de Santiago de Compostela), resumo disponível em <https://unidadedamullerereciencia.xunta.gal/ficha/o-rexime-xuridico-privado-dos-montes-vecinais-en-man-comun-natureza-e-titularidade>. Saído do caso específico da Galiza (mas tratando também dele), outras duas referências: García de Enterría, E., «Las Formas Comunitarias de Propiedad Forestal y sus Posible Proyección Futura», in ADC, vol. 29, n.º 2, 1976, pp. 281-308, e Bocanegra Sierra, R., *Bienes Comunales y Vecinales*, Madrid, Iustel, 2008.

⁵ Para panoramas da evolução legislativa portuguesa, v. Rodrigues, M., *Os Baldios*, Lisboa, Caminho, 1987, pp. 23 e ss., Gralheiro, J., *Comentário à Nova Lei dos Baldios Lei n.º 68/93 de 4 de Setembro*, Coimbra, Livraria Almedina, 2002, pp. 12 e ss., Menezes Cordeiro, A. *Tratado de Direito Civil, III Parte Geral Coisas*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, pp. 130 e ss., e Fonte Ramos, J. da, «Algumas Notas sobre os Baldios», in *Estudos em Comemoração dos 100 Anos do Tribunal da Relação de Coimbra*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 173-195.

⁶ Para a discussão dos argumentos acerca da propriedade comunitária, num plano muito mais geral do que o dos baldios objeto do presente texto (glosando o título do famoso artigo de Hardin, G. «The Tragedy of Commons», publicado na revista *Science*, vol. 162, *issue* 3859, dezembro 1968, pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243/tab-pdf>), v. Araújo, F., *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina, 2008.

⁷ Sobre outros países em que viragem semelhante parece ter ocorrido, v. Casalta Nabais, J., «Alguns Perfis da Propriedade Colectiva nos Países da Civil Law», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001 (n.º 61 da coleção *Studia Iuridica* do *Boletim da FDUC*), pp. 223-261, e Gonçalves Moniz, A. R., *O Domínio Público, o Critério e o Regime Jurídico*

Essa viragem começou por se expressar nos Decs.-Leis 39/76 e 40/76, ambos de 19 de janeiro⁸. A isso seguiu-se o preceito constitucional que refere os bens comunitários, categoria essa que é lida como tendo os baldios como paradigma⁹. Desde então, a orientação essencial das leis tem-se mantido¹⁰, designadamente no que se refere à atribuição às comunidades relevantes da gestão dos terrenos.

6 NOÇÕES BÁSICAS

Para enfrentar o problema que enunciei, há que assentar nalgumas noções básicas.

da Dominialidade, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 344 e ss. Na «Nota Técnica» dos Serviços da Assembleia da República sobre o Projeto de Lei 162/XIII/1.^a (BE) também constam informações sobre os direitos espanhol, francês e italiano. A regulação da *common land* na Inglaterra, Gales e Escócia parece ter sofrido, em 2006, também reorientação em que se podem encontrar afinidades com aquela viragem, pesem embora as grandes diferenças entre a figura e a dos baldios -, v. Rodgers, C., «Reversing the ‘Tragedy’ of the Commons? Sustainable Management and the Commons Act 2006», in *The Modern Law Review*, vol. 73, issue 3, 2010, pp. 461-486. Sobre o papel do registo na preservação dos *rights of common* (e dos *town and village green rights*), v. Clarke, A., «Land Titling and Communal Property», in *Modern Studies in Property Law*, vol. 8 (edited by Warren Barr), Hart Publishing, 2015, pp. 215-231, em especial pp. 223 e ss.

⁸ Sobre estes diplomas, v., por exemplo, Lopes Rocha, M., «Dos Baldios», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 35, III, setembro/dezembro 1975, pp. 481-488, e os pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 136/78, de 20.7.1978 (in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 284, de março de 1979, pp. 42-53), n.º 151/78, de 30.8.1978 (no mesmo número do *Boletim do Ministério da Justiça*, pp. 72-76), n.º 166/82, de 24.2.1983 (in DR, II Série, de 29.6.1983, pp. 5467-5472) e n.º 53/84, de 25.7.84 (in DR, II Série, de 21.9.1984, pp. 8714-8716).

⁹ A referência consta do artigo da Constituição cuja epígrafe é «Setores de propriedade dos meios de produção». Na versão primitiva da Constituição, esse artigo era o 89 e a referência consistia em integrar os «Bens comunitários com posse útil e gestão das comunidades locais» no elenco dos bens e unidades de produção constituintes do setor público – sendo, porém, de relevar que o art. 90 declarava que os «bens comunitários com posse útil e gestão das comunidades locais», juntamente com «os bens e unidades de produção com posse útil e gestão dos coletivos de trabalhadores», constituiriam «a base do desenvolvimento da propriedade social». Desde a revisão constitucional de 1989, o artigo em causa é o 82 e a referência consiste em integrar os «Os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais» no elenco dos meios de produção constituintes do setor cooperativo e social. Sobre tal evolução, v., por exemplo, Gomes Canotilho, J. J. e Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 2007, pp. 974 e ss., e Miranda, J. e Medeiros, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 48 e ss. (n.º XI da anotação de Rui Medeiros ao art. 82).

¹⁰ A exceção esteve no art. 109 da Lei 79/77, de 25 de outubro (Atribuições das Autarquias e Competências dos Respetivos Órgãos), que não só determinou pertencer à assembleia municipal ou à assembleia de freguesia, consoante se tratasse, respetivamente, de coisas municipais ou de coisas de freguesia, a «definição das coisas comuns, designadamente baldios e outros bens do logradouro comum», como atribuiu a administração de tais bens aos órgãos executivos autárquicos. No entanto, o preceito pouco tempo vigorou, pois foi revogado pela Lei 91/77, de 31 de dezembro.

A lei vigente oferece definições que podem servir para tanto, até porque essas definições convergem com o que resultava de diplomas anteriores.

Lembro assim que, segundo a Lei 75/2017, de 17 de agosto:

- Baldios são «terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes, possuídos e geridos por comunidades locais» - noção essa que a lei complementa com um elenco exemplificativo de situações abrangidas cuja qualificação poderia oferecer dúvidas, incluindo casos em que não há um efetivo aproveitamento dos terrenos pelas comunidades locais¹¹⁾ – art. 2.º, alínea a);
- Comunidade local ou universo de compartes é o «conjunto de compartes organizado nos termos da presente lei que possui e gere os baldios e outros meios de produção comunitários» – art. 2.º, alínea c); - Compartes são as pessoas singulares titulares dos baldios, sendo o universo dos compartes «integrado por cidadãos com residência na área onde se situam os correspondentes imóveis, no respeito pelos usos e costumes reconhecidos pelas comunidades locais, podendo também ser atribuída pela assembleia de compartes essa qualidade a cidadão não residente» – arts. 2.º, alínea b), e 7.º.

Há ainda que ter em conta o que a lei estabelece quanto aos fins a que podem aplicados os terrenos que integram os baldios: o art. 3.º da Lei 75/2017, de 17 de agosto, determina, no n.º 1, que «Os baldios constituem, em regra, logradouro comum dos compartes, designadamente para efeitos de apascentação de gados, de recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça, de produção elétrica e de todas as suas outras atuais e futuras potencialidades económicas, nos termos da lei e dos usos e costumes locais» e, no n.º 2, que «Mediante deliberação da assembleia de compartes, os baldios podem ainda constituir logradouro comum dos compartes para fins culturais e sociais de interesse para os habitantes do núcleo ou núcleos populacionais da sua área de residência.». É, porém, de notar que o aproveitamento efetivo pelos compartes não é elemento essencial da noção, como resulta do referido elenco de situações abrangidas cuja qualificação poderia oferecer dúvidas.

Vale a pena sublinhar que a noção de baldio, parecendo, à primeira vista, ser uma espécie do género «terreno», não se esgota num elemento de natureza real

¹¹ À parte da definição transcrita no texto, acrescenta a lei: «nomeadamente os que se encontrem nas seguintes condições: i) Terrenos considerados baldios e como tais possuídos e geridos por comunidade local, mesmo que ocasionalmente não estejam a ser objeto, no todo ou em parte, de aproveitamento pelos compartes, ou careçam de órgãos de gestão regularmente constituídos; ii) Terrenos considerados baldios e como tais possuídos e geridos por comunidade local, os quais, tendo anteriormente sido usados e fruídos como baldios, foram submetidos ao regime florestal ou de reserva não aproveitada, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 27207, de 16 de novembro de 1936, e da Lei n.º 2069, de 24 de abril de 1954, e ainda não devolvidos ao abrigo do Decreto-Lei n.º 39/76, de 19 de janeiro; iii) Terrenos baldios objeto de apossamento por particulares, ainda que transmitidos posteriormente, aos quais sejam ainda aplicáveis as disposições do Decreto-Lei n.º 40/76, de 19 de janeiro; iv) Terrenos passíveis de uso e fruição por comunidade local que tenham sido licitamente adquiridos por uma tal comunidade e afetados ao logradouro comum da mesma;».

(«terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes»), integrando também um elemento pessoal (as comunidades que possuem e gerem os terrenos em causa). Como escreve António Menezes Cordeiro, «a especialidade [dos baldios] não está, todavia, na coisa em si: reside, antes, no enigmático “universo dos compartes”»¹².

Quanto ao elemento pessoal dos baldios, é ainda de relevar que o n.º 10 do art. 7.º da Lei 75/2017, de 17 de agosto, estabelece que «Os compartes que integram cada comunidade local devem constar de caderno de recenseamento, aprovado e tornado público pela assembleia de compartes, nos termos da presente lei.»

7 OS BALDIOS COMO COISAS

Creio, pois, que tratar os baldios apenas como coisas é redutor da sua dimensão jurídica (e da sua dimensão social). Isso, porém, não significa que o regime jurídico dos baldios não mereça reflexão no quadro da construção dogmática das coisas.

Para tais efeitos, creio que o atual regime dos baldios deve levar a considerar que integram – tal como os caminhos públicos – uma categoria consagrada no Código de Seabra (no art. 381¹³), mas não mencionada no atual código civil: a das coisas comuns, constituída por bens que nem pertencem ao Estado (ou a outra pessoa coletiva de direito público), nem pertencem a privados, sendo apropriados coletivamente sem a mediação de qualquer pessoa coletiva de direito público¹⁴. As razões que levavam alguns dos mais prestigiados juristas portugueses a pensar assim na vigência do código oitocentista¹⁵ não desapareceram por força de a categoria ter deixado de ter assento legal¹⁶.

¹² *Tratado de Direito Civil, III Parte Geral Coisas*, 3.ª ed., cit., p. 151.

¹³ Do seguinte teor, na parte relevante: «São comuns as coisas naturais ou artificiais não individualmente apropriadas, das quais só é permitido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa ou que fazem parte de certa corporação pública. Pertencem a esta categoria: 1.º Os terrenos baldios, municipais e paroquiais [...]».

¹⁴ V. Pinto Duarte, R., *Curso de Direitos Reais*, Cascais, Príncípa, 3.ª ed., 2013, pp. 100 e ss., e a anotação 11 ao art. 202 do *Código Civil Anotado* (obra coletiva com coordenação de Ana Prata), Coimbra, Almedina, 2017, vol. I, pp. 249 e ss. Para a discussão do problema, v., por todos, Menezes Cordeiro, A., *Tratado de Direito Civil, III Parte Geral Coisas*, cit., pp. 130 e ss.

¹⁵ V. Andrade, M. de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, 3.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1972, p. 295, e Caetano, M., *Manual de Direito Administrativo*, 7.ª ed., Lisboa, 1965, pp. 220 e ss. (sendo de notar que Marcello Caetano, após a entrada em vigor do atual Código Civil, veio a alterar a sua posição – v. a 9.ª edição do citado *Manual*, revista e atualizada por Diogo Freitas do Amaral, Lisboa, 1972, tomo II, pp. 952 e 953.)

¹⁶ Neste mesmo sentido escreveu Castro Mendes, J. de, pouco tempo depois da entrada em vigor do atual CCiv – v. *Direito Civil (Teoria Geral)*, vol. II, com a colaboração de Armindo Ribeiro Mendes, 1973 (policopiado), pp. 128 e 129.

Questão diversa é a da natureza do direito sobre o baldio, nomeadamente a da sua recondução à propriedade ou à posse, tal como reguladas no Código Civil¹⁷. Implicando ela a consideração de muitos preceitos legais e não relevando diretamente para os problemas que me propus abordar, deixo-a (quase) de fora deste comentário – sem prejuízo de a qualificação que adiante faço dos baldios como *propriedade em comum* levar implícita uma tomada de posição.

8 OS BALDIOS COMO SUJEITOS JURÍDICOS

O n.º 1 do art. 4.º da Lei 75/2017, de 17 de agosto, começa por declarar que «As comunidades locais não têm personalidade jurídica», mas põe de imediato o seguinte conjunto de adversativas a tal declaração: «sem prejuízo de terem personalidade judiciária, serem titulares de direitos e deveres e de se poderem relacionar com todos os serviços públicos e entidades de direito público e privado para o exercício de todos os direitos reconhecidos às entidades privadas que exercerem atividades económicas que não sejam contrárias à sua natureza comunitária.»

Confirmando a «subjativação» dos baldios, o n.º 2 do mesmo artigo determina que «Cada comunidade local tem direito e deve inscrever-se no Registo Nacional de Pessoas Coletivas, podendo relacionar-se com todas as entidades públicas ou privadas, nomeadamente para efeitos de celebração de contratos, de inscrição na matriz fiscal ou cadastral dos imóveis que administra» e o n.º 4 que «A comunidade local é responsável pelas contraordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções, quando estes ajam em nome ou em representação do respetivo baldio».

No mesmo sentido vão outros preceitos da Lei 75/2017, de 17 de agosto, designadamente os que preveem que as comunidades locais possam adquirir e alienar bens, bem como ceder a exploração deles (v.g., arts. 6.º e 38 a 40)¹⁸.

De tais preceitos decorre que os baldios (ou as comunidades locais, se se preferir) são dotados de subjetividade jurídica¹⁹, ainda que se insiram, para

¹⁷ Sobre a questão, v. Rei, M. R., «Do Carácter não Usucapível do Direito de Baldio (Anotação a uma Escritura de Justificação)», in *Revista de Direito Civil*, ano II (2017), n.º 4, pp. 819-836.

¹⁸ Algo de muito semelhante parece acontecer nas leis espanholas – v. Pau, Antonio, «Nota Preliminar», in Weber-Grellelt, H., *La Comunidad Germánica*, Madrid, Fundación Registral, 2007 (tradução do original alemão «Die Gesamthand – ein Mysterienspiel», publicado na *Archiv für die civilistische Praxis*, volume 182, tomo 4, 1982, pp. 316-334), pp. 12 a 16 (descrevendo e comentando a lei nacional espanhola e as leis regionais da Galiza e das Astúrias, o Autor afirma que o legislador se inclina para um certo grau de personificação, para uma personificação limitada ou reduzida).

¹⁹ Gonçalves Moniz, A. R. escreve: «[...] inclinamo-nos, no sentido de os baldios caberem em propriedade também a essas comunidades locais, as quais, não-de considerar-se sujeitos de direito (portadoras de subjectividade jurídica), pelo menos para efeito da titularidade do direito de propriedade sobre os bens em causa» (*Domínio Público, o Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, cit., pp. 353 e 354).

quem a admita²⁰, na categoria das pessoas jurídicas rudimentares ou limitadas²¹.

O n.º 1 do art. 7.º da Lei 75/2017, de 17 de agosto, declara que «Compartes são os titulares dos baldios», mas o preceito, por si só, não significa que os baldios não sejam sujeitos de relações jurídicas. O sentido do preceito parece ser a afirmação de que, mantendo o resultante de todas as leis posteriores a 25 de Abril de 1974²², os baldios são um modo de *propriedade em comum* entre os compartes – e não um outro modo de propriedade, pública (designadamente autárquica) ou privada (designadamente compropriedade²³).

Para usar palavras que já usei, a propriedade em comum é uma forma de propriedade coletiva que implica a existência entre os proprietários de um *laço pessoal anterior* e consiste em os proprietários só poderem exercer os seus direitos no âmbito e por intermédio de uma *comunidade cujos efeitos jurídicos não se resumem à propriedade coletiva*. No caso dos baldios, essa comunidade é o «universo dos compartes» ou «conjunto de compartes» - que são outros nomes da «comunidade local».

9 ESTRUTURA ORGÂNICA DOS BALDIOS

Também relevante para o que procuramos é a estrutura orgânica dos baldios.

²⁰ Sobre tal categoria, v. Pinto Duarte, R., *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 134, nota 414. Para a discussão da mesma e, em geral, do conceito de personalidade jurídica (nomeadamente em confronto com o de capacidade jurídica), v. Costa Gonçalves, D., *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2015, em especial pp. 533 a 558, e Vaz de Sequeira, E., *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil Contributo para a sua Análise Morfológica*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 438 e ss.

²¹ Menezes Cordeiro, A. escreve: «Pela nossa parte, sublinhamos que o conceito de personalidade coletiva está, hoje, relativizado: desapareceu o dogma anterior do tudo ou nada. Podemos admitir pessoas rudimentares, isto é, pessoas coletivas que o sejam apenas para os efeitos especificados na lei. Será o caso da comunidade local, a que a assembleia de compartes dá rosto: uma verdadeira e própria pessoa coletiva, ainda que para os efeitos previstos na lei.» (*Tratado de Direito Civil, III Parte Geral Coisas*, cit., p. 152).

²² Na doutrina, v., por todos, Mesquita, M. H., *Anotação* (ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de abril de 1994), in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* n.ºs 3847 e 3848, em especial na nota 3 iniciada na p. 342 e continuada nas pp. 343 e 344. Na jurisprudência, apesar dos anos decorridos, merecem realce os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 325/89, de 4.4.1989, e n.º 240/91, de 11.6.1991.

²³ Sobre a distinção entre compropriedade (*Miteigentum, compropriété*) e a propriedade em comum (*Gesamteigentum, propriété commune*), v., sinteticamente, Pinto Duarte, R., *Curso de Direitos Reais*, cit., pp. 62 e ss. Para uma análise profunda da distinção, na literatura portuguesa, v. Vaz de Sequeira, E., *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil Contributo para a sua Análise Morfológica*, cit. (aparecendo as principais conclusões acerca do tema a pp. 401-406). O antes citado texto de Weber-Grellelt, H., *La Comunidad Germánica* (tradução do original alemão «Die Gesamthand – ein Mysterienspiel») contém uma síntese do pensamento alemão sobre a propriedade em comum.

Da lei vigente retira-se a existência de uma assembleia de compartes, de um conselho diretivo e de uma comissão de fiscalização (arts. 17 e ss. da Lei 75/2017, de 17 de agosto).

Essa estrutura e as competências atribuídas aos vários órgãos exibem claramente a dimensão associativa dos baldios. Não é um acaso que a mesma seja, no essencial, idêntica à das associações e à de outras pessoas coletivas de base associativa, com destaque para as cooperativas.

No entanto, a pertença a um universo de compartes não depende apenas da vontade, mas sim de requisitos objetivos, resumíveis na ideia de ser membro da «comunidade local» (no sentido específico da lei). Para efeitos da conhecida contração de Ferdinand Tönnies, os baldios aproximam-se muito mais do tipo *comunidade* (*Gemeinschaft*) do que do tipo *sociedade* (*Gesellschaft*)²⁴.

10 FUSÃO DE BALDIOS

A lei atual – ao contrário das anteriores - admite expressamente a fusão de baldios. Resulta isso do art. 34 da Lei 75/2017, de 17 de agosto, que, sob a epígrafe «Agregação ou fusão de comunidade local», dispõe:

«1 - Cada comunidade local constituída em assembleia com posse e gestão de um ou mais imóveis comunitários pode, por deliberação da assembleia, em reunião com a presença do mínimo de dois terços dos respetivos membros, agregar-se ou fundir-se com outra ou outras em novo universo de compartes constituído em assembleia, para possuir e gerir os correspondentes meios de produção comunitários.

2 - A nova comunidade local constituída em assembleia, nos termos do número anterior, sucede na posse e gestão de todos os correspondentes imóveis comunitários, transferindo-se para ela todos os direitos e obrigações dos universos de compartes agregados.

3 - No prazo de 90 dias contados a partir da última deliberação da assembleia de compartes que aprove a agregação ou fusão:

a) São constituídos todos os órgãos da nova comunidade local mediante marcação do presidente da mesa do baldio com maior área ou outro critério estabelecido na deliberação referida no n.º 1;

²⁴ A título de (quase) curiosidade, lembro que Tönnies escreveu que proceder à junção de ações [de sociedades] e comunidade seria totalmente abominável, enquanto comunidade da posse existe(ia) mesmo: nos campos, na floresta, nos pastos («Vollends abscheulich würde es sein, die Zusammensetzung Actien-Gemeinschaft zu bilden. Während es doch Gemeinschaft des Besitzes gibt: an Acker, Wald, Weide») – v. *Gemeinschaft und Gesellschaft Abhandlung des Communismus und des Socialismus als Emprischer Culturformen*, Leipzig, Fues's Verlag (R. Reisland), 1887, p. 4. (disponível em www.deutschestextarchiv.de/book/view/toennies_gemeinschaft_1887).

b) São comunicadas às entidades competentes pelo presidente do conselho diretivo da comunidade local com maior área, nomeadamente à autoridade tributária, a decisão de agregação ou de fusão, com remessa de cópia das atas das deliberações, sem prejuízo da comunicação dos novos órgãos eleitos.»²⁵

Embora o preceito surja numa secção do diploma intitulada «Instrumentos de administração dos baldios», parece ser claro que é permitida a fusão de baldios, entendida como atribuição de terrenos até então possuídos e geridos por comunidades diversas a uma nova comunidade constituída pelos membros das anteriores.

11 CISÃO DE BALDIOS

A lei, porém, não refere a possibilidade de cisão de baldios, que é o que parece ter estado em causa no acórdão sob comentário.

Será mesma lícita e válida?

A melhor resposta talvez dependa da análise dos outros problemas que me propus tratar: o da noção de baldio e o do critério da sua unidade – que assim passo a abordar.

12 A NOÇÃO DE BALDIO

Sublinhei atrás que a noção de baldio, parecendo, à primeira vista, ser uma espécie do género «terreno», não se esgota num elemento de natureza real («terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes»), integrando também um elemento pessoal (as comunidades que possuem e gerem os terrenos em causa).

Creio, na verdade, que esse elemento pessoal é parte do núcleo da noção de baldio. Um terreno é um terreno, é um terreno²⁶. O que especializa os terrenos que são baldios é serem possuídos e geridos por comunidades locais (ainda que essas posse e gestão possam estar em estado larvar ou de quiescência – sendo meramente potenciais).

Assim, a noção de comunidade local tem papel central na solução do problema. Dos arts. 2.º, alíneas c) e f), e 7.º, n.º 2, da Lei 75/2017, de 17 de agosto, resulta que «comunidade local» é o mesmo que «universo de compartes» (definido como «o conjunto de pessoas singulares, devidamente recenseadas como

²⁵ O preceito é antecedido por outro (o art. 33 – o qual, por sua vez, convoca a definição de «grupo de baldios» que consta da alínea d) do art. 2.º) que levaria a pensar ser apenas permitido o agrupamento de baldios, sem fusão. No entanto, o texto do art. 34 não deixa margem para dúvidas acerca da possibilidade de fusão.

²⁶ Faço ecoar «*A rose is a rose is a rose*», para usar uma das variantes das famosas palavras de Gertrude Stein.

compartes relativamente a determinado imóvel ou imóveis comunitários») e que «conjunto de compartes» («integrado por cidadãos com residência na área onde se situam os correspondentes imóveis, no respeito pelos usos e costumes reconhecidos pelas comunidades locais, podendo também ser atribuída pela assembleia de compartes essa qualidade a cidadão não residente»). O que determina que um terreno seja um baldio é ser possuído e gerido para os fins fixados na lei por um conjunto de pessoas singulares com residência na área onde o mesmo se situe (dependendo a admissão de não residentes de deliberação da comunidade), que exerçam essa posse e façam essa gestão segundo usos e costumes reconhecidos como comunitários.

O mesmo é dizer que esses laços pessoais dos compartes – residência na área onde se situe o terreno e exercício da posse sobre o mesmo e da gestão dele nos termos referidos – são características essenciais dos baldios.

Os baldios são, pois, na essência, não terrenos, mas um modo de propriedade em comum de terrenos.

Para os propósitos que assinali a este comentário, há a frisar que a pertença ao «universo de compartes» não depende apenas de um ato de vontade – mas (tendencialmente) da residência e da participação na posse e gestão do terreno relevante segundo usos e costumes reconhecidos como comunitários.

13 EM JEITO DE CONCLUSÃO

Do que ficou escrito, parece resultar que não está na livre disposição de um subgrupo de compartes criar um baldio, por meio de cisão. A composição dos «universos de compartes» não depende apenas da vontade de neles participar, mas da participação numa certa comunidade, definida por certo modo de possuir e gerir certo(s) terreno(s), afetado(s) a certos fins.

Quanto à questão do critério da unidade dos baldios (i.e., saber, perante realidades complexas, como determinar se há um ou vários), parece claro que ele não é o da localização numa certa freguesia²⁷, nem é o da unidade do terreno, mas sim o da unidade do universo de compartes, na dinâmica do exercício da posse e da gestão sobre terrenos. Havendo um mesmo universo de compartes a possuir e gerir vários terrenos não contíguos tenderá a haver um só baldio. Havendo uma

²⁷ Em acórdão de 15.12.1992 (in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 442, de janeiro de 1993), o Supremo Tribunal de Justiça afirmou que «Pode acontecer que o baldio se estenda por mais de uma freguesia, mas, nesse caso, os habitantes de cada freguesia só podem fruir comunitariamente a parte do baldio situada na área da freguesia de que são moradores» (p. 316), o que, perante a lei atual não parece ter fundamento [e também não o teria à luz do preceito legal que baseou a afirmação, pois esse preceito – o art. 1.º do Dec.-Lei 39/76, de 19 de janeiro – definia baldios como «os terrenos comunitariamente usados e fruídos por moradores de determinada freguesia ou freguesias, ou parte delas» (itálico acrescentado)].

única porção de território que seja possuída e gerida por universos de compartes distintos tenderá a haver vários baldios.

Assim, se o conjunto dos compartes do baldio X correspondia a uma tal unidade, a decisão sob comentário seria correta se fosse dada à luz da lei atual, como o terá sido em aplicação da lei vigente ao tempo dos factos.

Resta explicitar que o que fica dito não resolverá facilmente as situações «cinzentas», em que haja comunidades que explorem vários terrenos com «elementos pessoais» comuns e diferentes – o que poderá levar a dificuldades na determinação da existência de um ou vários baldios (e, portanto, no reconhecimento do direito de separação a cada comunidade).

14 BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, N., «Crítica à Reforma de 2014 da Lei dos Baldios», in CES, n.º 37, 2014-2015, pp. 377-388.
- ANDRADE, M. de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, 3.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1972.
- ARAÚJO, F., *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina, 2008.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *Bienes Comunales y Vecinales*, Madrid, Iustel, 2008.
- CAETANO, M., *Manual de Direito Administrativo*, 7.ª ed., Lisboa, 1965, e 9.ª ed., revista e atualizada por Diogo Freitas do Amaral, Lisboa, 1972, tomo II.
- CASALTA NABAIS, J., «Alguns Perfis da Propriedade Colectiva nos Países da Civil Law», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001 (n.º 61 da coleção *Studia Iuridica* do *Boletim da FDOC*), pp. 223-261.
- CASTRO MENDES, J. de, *Direito Civil (Teoria Geral)*, vol. II, com a colaboração de Armindo Ribeiro Mendes, 1973 (policopiado).
- CLARKE, A., «Land Titling and Communal Property», in *Modern Studies in Property Law*, vol. 8 (edited by Warren Barr), Hart Publishing, 2015, pp. 215-231.
- COSTA GONÇALVES, D., *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2015.
- FERNÁNDEZ SANTIAGO, C., *O Réxime Xurídico-privado dos Montes Veciñais en Man Común, Natureza e Titularidade*, 2005 (tese apresentada à Universidade de Santiago de Compostela), resumo disponível em <https://unidadesdamullereciencia.xunta.gal/ficha/orexime-xuridico-privado-dos-montes-vecinais-en-man-comun-natureza-e-titularidade>.
- FONTE RAMOS, J. da, «Algumas Notas sobre os Baldios», in *Estudos em Comemoração dos 100 Anos do Tribunal da Relação de Coimbra*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 173-195.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Las Formas Comunitarias de Propiedad Forestal y sus Posible Proyección Futura», in *ADC*, vol. 29, n.º 2, 1976, pp. 281-308.
- GOMES CANOTILHO, J. J. e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 2007.
- GONÇALVES MONIZ, A. R., *O Domínio Público, o Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra, Almedina, 2005.

- GRALHEIRO, J., *Comentário à Nova Lei dos Baldios Lei n.º 68/93 de 4 de Setembro*, Coimbra, Livraria Almedina, 2002.
- HARDIN, G. «The Tragedy of Commons», in *Science*, vol. 162, issue 3859, dezembro 1968, pp. 1243-1248, disponível in <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243/tab-pdf>.
- MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil, III Parte Geral Coisas*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.
- MESQUITA, M. H., *Anotação* (ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de abril de 1994), in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* n.ºs 3847 e 3848.
- MIRANDA, J. e MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- PINTO DUARTE, R., *Anotação ao art. 202 do Código Civil Anotado* (obra coletiva com coordenação de Ana Prata), Coimbra, Almedina, 2017, vol. I.
- PINTO DUARTE, R., *Curso de Direitos Reais*, Cascais, Princípiã, 3.ª ed., 2013
- RAPOSO ARCEO, J. J., *Regime Jurídico de los Montes Vecinales en Mano Común en el Marco de la Propiedad Forestal*, 1996 (tese apresentada à Universidade de La Coruña), disponível em https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13875/RaposoArceo_JuanJesus_TD_1996_01de2.pdf?sequence=1.
- REI, M. R., «Do Carácter não Usucapível do Direito de Baldio (Anotação a uma Escritura de Justificação)», in *Revista de Direito Civil*, ano II (2017), n.º 4, pp. 819-836.
- RODGERS, C., «Reversing the ‘Tragedy’ of the Commons? Sustainable Management and the Commons Act 2006», in *The Modern Law Review*, vol. 73, issue 3, 2010, pp. 461-486.
- RODRIGUES, M., *Os Baldios*, Lisboa, Caminho, 1987.
- TÖNNIES, F., *Gemeinschaft und Gesellschaft Abhandlung des Communismus und des Socialismus als Empirischer Culturformen*, Leipzig, Fues’s Verlag (R. Reisland), 1887, p. 4. (disponível em www.deutschestextarchiv.de/book/view/toennies_gemeinschaft_1887).
- VAZ DE SEQUEIRA, E., *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil Contributo para a sua Análise Morfológica*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.
- WEBER-GRELLELT, H., *La Comunidad Germánica*, Madrid, Fundación Registral, 2007 (tradução do original alemão «Die Gesamthand – ein Mysterienspiel», publicado na *Archiv für die civilistische Praxis*, volume 182, tomo 4, 1982, pp. 316-334).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 151-165
ISSN: 1130-2682

APORTACIONES SOCIALES EN LAS COOPERATIVAS
DE VIVIENDAS. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA
(SECC. 1ª) NÚM. 429/2017 DE 14 DE SEPTIEMBRE

*SOCIAL CONTRIBUTIONS IN HOUSING COOPERATIVES.
COMMENTARY TO THE JUDGMENT OF THE
PROVINCIAL COURT OF PONTEVEDRA (SECTION
1ª) NÚM. 429/2017 OF SEPTEMBER 14*

SINESIO NOVO FERNÁNDEZ*

Recepción: 5/10/2018 - Aceptación: 21/11/2018

* Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Social 2 de Lugo. Dirección de correo electrónico: sinenovo@yahoo.es

RESUMEN

Los recursos de financiación de las cooperativas de viviendas, al igual que el del resto de sociedades de este tipo, son múltiples y presentan distintos caracteres. Cuando los recursos proceden de los socios, es importante precisar qué categoría jurídica representa esta fuente de financiación a la hora de determinar el régimen aplicable a su reembolso.

PALABRAS CLAVE: cooperativas de viviendas, fuentes de financiación, aportaciones sociales.

ABSTRACT

Financial resources of housing cooperatives, the same as in other type of cooperatives, are multiple and have got different characters. When resources come from the members, it is important to specify which legal category represents this source of funding in order to determine the applicable legal framework to the reimbursement.

KEY WORDS: housing cooperatives, funding sources, social contributions.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 1.1. Sentencia de primera instancia. 1.2. Sentencia de apelación. 2. LA FINANCIACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS. 2.1. Clasificación de las fuentes de financiación. 2.2. Capital social. 2.2.1. Concepto y función de financiación. 2.2.2. Aportaciones sociales. A) Clasificación. B) Aportación obligatoria inicial. C) Aportación obligatoria sucesiva. D) Aportaciones voluntarias. E) Reembolso de aportaciones. 2.3. Fondos propios. 2.3.1. Obligatorios. 2.3.2. Voluntarios. 2.4. Financiación ajena. 3. CONSIDERACIONES FINALES. 3.1. Contrato de préstamo. 3.2. Aportaciones de los socios. 4. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. BACKGROUND. 1.1 First instance judgment. 1.2. Appeal Court judgment. 2. FUNDING OF HOUSING COOPERATIVES. 2.1. Classification of funding sources 2.2. Share capital. 2.2.1. Concept and finance function. 2.2.2. Social contributions. A) Classification. B) Compulsory initial contribution. C) Compulsory successive contribution. D) Voluntary contributions. 2.3. Internal resources. 2.3.1. Compulsory. 2.3.2. Voluntary. 2.4. External funding. 3. CONCLUDING REMARKS. 3.1. Loan agreement. 3.2. Social contributions. 4. BIBLIOGRAPHY.

1 ANTECEDENTES

1.1. Sentencia de primera instancia

Los hechos que dan lugar al litigio parten de un acuerdo adoptado en la asamblea de 10 de mayo de 2017 por la cooperativa de viviendas Monte Alba, S. Coop. Galega, cuyo objeto era la construcción de viviendas de protección autonómica en el PAU de Navia, una parroquia del municipio de Vigo. En virtud de dicho acuerdo, los socios deberían aportar dos cantidades, una en “concepto de provisión de fondos” y otra “para garantizar el pago a la constructora de todo el importe de la construcción”.

Los demandantes en primera instancia y recurrentes en la sentencia que nos ocupa son una serie de socios de la cooperativa antes mencionada, que al mismo tiempo constituye la parte demandada y recurrida. Los primeros pretenden la devolución de las cantidades entregadas por considerarlas préstamos concedidos a la cooperativa y, por lo tanto, reembolsables en condiciones autónomas diferentes al régimen de restitución de las aportaciones de los cooperativistas. Realizan tal afirmación sobre la base del tenor literal de la comunicación remitida por la cooperativa a cada socio para llevar a efecto lo acordado en la asamblea de 10 de mayo de 2017, así como de las memorias de los ejercicios 2007, 2008, 2009 y 2010. Para la demandada, sin embargo, estamos ante aportaciones financieras que tenían por objeto inyectar tesorería ante el incremento del precio previsto para la ejecución de la obra y, en consecuencia, posibilitar el pago total a la constructora. Este tipo

de aportaciones, aún cuando no integren el capital social, constituyen una forma de financiación del pago de las viviendas prevista en el artículo 65 de la LCG y, en consecuencia, sujetas a las formas de restitución que prevé el artículo 121 del mismo texto normativo. De forma subsidiaria, la demandada sostiene en su contestación que, si las cantidades de naturaleza discutida se consideran préstamos de los cooperativistas, su restitución procedería en la forma pactada y recogida en la memoria del ejercicio 2007, cual es el momento en que se procediera a la venta de la totalidad de los elementos libres.

Así las cosas, la cuestión debatida en el presente litigio se centra en determinar la calificación jurídica de las sumas entregadas por los demandantes cooperativistas: o bien préstamos, o bien aportaciones de los socios. De la resolución de este dilema dependerá la concreción del momento en que sea procedente su restitución.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la reclamación principal de restitución de las sumas reclamadas. Se fundamenta en que, del resultado de la prueba documental, la declaración del auditor de cuentas y el informe del perito judicial, se infiere que la voluntad de las partes no fue que las cantidades entregadas lo fueran en concepto de préstamo. Por lo anterior, el Juzgado de lo Mercantil concluye que, al tratarse de aportaciones, no pueden reclamarse más que en la forma prevista en los estatutos, cuando los socios pierdan su condición.

1.2. Sentencia de apelación

El recurso planteado por los socios frente a la sentencia de primera instancia mantiene la tesis de que las aportaciones no lo fueron al capital social, sino que se trató de simples préstamos concedidos por los cooperativistas y, por ello, libremente reclamables. El planteamiento se refuerza con nuevas referencias a las declaraciones de los testigos y a los documentos que los socios firmaron renunciando a la restitución. Se trata de documentos que habían sido objeto de examen en un litigio anterior entre la misma cooperativa con otros socios.

La sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Pontevedra desestima el recurso en lo concerniente a la calificación jurídica de las sumas entregadas por los socios y encuentra gran parte de su fundamento en los efectos de cosa juzgada que produce una resolución anterior. El conocido como efecto positivo de la cosa juzgada impide decidir en un proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en un pleito contradictorio precedente. En el presente supuesto, la resolución anterior proviene del mismo órgano judicial. En dicho proceso, el socio demandante de la cooperativa de viviendas Monte Alba, S. Coop. Galega reclamaba la restitución de la misma cantidad que solicitan los recurrentes en apelación, y que también consideraba como préstamo. La cooperativa presentó

como prueba de oposición un documento firmado por el actor y otros socios por el que se adquiriría el compromiso de esperar hasta la venta de los elementos no vinculados que se hallaran pendientes (locales de negocio y plazas de garaje, de venta libre a terceros) para la restitución de las sumas aportadas. La sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia Provincial, consideró que la cantidad aportada no era préstamo, sino aportación financiera al capital restituible bajo el régimen previsto para el reembolso de las aportaciones.

Por lo que respecta al documento que establecía el pacto de no pedir la restitución hasta la venta de elementos no vinculados, tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia Provincial lo declararon inválido por considerarlo contrario a norma imperativa. Así las cosas, la mención de los recurrentes al mismo documento en el supuesto que nos ocupa carece de valor probatorio, toda vez que existe un pronunciamiento firme anterior que lo declara inválido.

En aplicación, por tanto, de los efectos de la cosa juzgada, la Audiencia Provincial entiende que no resultaría conforme con las exigencias del principio de seguridad jurídica que ahora se obtuviera un pronunciamiento contradictorio con el anterior por considerar préstamos de los socios las cantidades objeto del litigio.

Además del fundamento de la cosa juzgada, la sentencia de apelación alega otros motivos para desestimar el recurso. Entre ellos, entiende que las expresiones efectuadas en las memorias de las cuentas de la Cooperativa no prejuzgan la calificación de las aportaciones, toda vez que, como establece la disposición adicional única de la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, el reflejo contable de las aportaciones no resulta determinante para la calificación jurídica del negocio. En todo caso, a pesar de lo expresado en las memorias, y tal como manifestó el perito judicial, la contabilización de las aportaciones fue correcta, al figurar como pasivos financieros.

La Audiencia Provincial también manifiesta la ausencia de reflejo documental de los préstamos supuestamente concedidos y, en consecuencia, la falta de prueba de los hechos constitutivos de la pretensión. A este respecto, los recurrentes únicamente aportan el acuerdo adoptado el 10 de mayo de 2007, que contiene la expresión “préstamos”. Ahora bien, en la misma acta también se alude a la causa de las aportaciones: atender urgentemente a las necesidades de tesorería ante la falta de liquidez para afrontar los pagos o las garantías comprometidas con la constructora. Esta expresión es, al contrario de lo pretendido por los demandantes, un sólido argumento a favor de considerar que las aportaciones tuvieron por objeto atender a la financiación de las viviendas y locales, sujetas al régimen del artículo 121.2 de la LCG.

Finalmente, la sentencia de la AP de Pontevedra considera fundada la posición de la Cooperativa en virtud del acuerdo, de ninguna forma impugnado, adoptado

por la Asamblea el 30 de octubre de 2007, en el que expresamente se decide dotar a las cantidades entregadas del carácter de aportaciones financieras obligatorias.

2 LA FINANCIACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

2.1. Clasificación de las fuentes de financiación

El objeto litigioso de la sentencia que estamos comentando se centra en la calificación jurídica de una serie de cantidades monetarias suministradas por los socios a la cooperativa de viviendas a la que pertenecen. Por lo tanto, resulta necesario analizar previamente las fuentes de financiación de este tipo de sociedades para ver cual se adecúa mejor a los hechos expuestos. Una primera clasificación de los recursos financieros de las sociedades cooperativas es la que distingue entre fondos propios y financiación ajena. En el primer grupo, constituido por partidas de financiación que se van generando durante la vida de la sociedad a través de la retención de beneficios generados, que mejoran su situación financiera permitiendo su consolidación y crecimiento¹, se encuentran los fondos de reserva, tanto obligatorios —el Fondo de Reserva Obligatorio y el de Formación y Promoción Cooperativa— como voluntarios. Los recursos ajenos, por otro lado, serían aquellos procedentes de personas extrañas a la sociedad o que, aún procedentes de socios, no se incorporan al capital social. Por ello, podemos establecer una subdivisión entre la financiación ajena prestada por los socios —cuotas de ingreso y periódicas y aportaciones de bienes, prestación de servicios y pagos realizados a la cooperativa—, la financiación ajena procedente de no socios —cuentas de participación— y la financiación que la cooperativa puede recibir tanto de terceros como de los propios socios. En este último grupo nos encontramos con los títulos participativos, las participaciones especiales, la emisión de obligaciones y la financiación voluntaria bajo cualquier modalidad jurídica.

Finalmente, es necesario referirse al capital social como fuente de financiación. La razón de ser de no incluirlo en la clasificación anterior estriba en que el mismo puede considerarse como fondos propios, en cuanto que represente aportaciones de los socios cuya restitución puede ser denegada por el órgano de administración de la sociedad, o bien como un recurso ajeno, si se trata de aportaciones que han de ser restituidas sin oposición en caso de baja. A este último respecto, la posibilidad de que el capital social se vea reducido por la devolución de aportaciones a los socios que se den de baja ha motivado que algunos autores lo consideren

¹ BEL DURÁN, P. y FERNÁNDEZ GUADAÑO J., “La financiación propia y ajena de las sociedades cooperativas”, CIRIEC 42 (2002), p. 105.

como “elemento patrimonial exigible”, en lugar de la opinión mayoritaria históricamente, que lo incluye en los fondos propios².

2.2. Capital social

2.2.1. Concepto y función de financiación

El capital social de las sociedades mercantiles en general, y cooperativas en particular, constituye una cifra numérica abstracta de inclusión obligatoria en los estatutos sociales que representa las aportaciones que los socios han realizado, o se han comprometido a realizar, para la constitución de la sociedad. La doctrina ha señalado la triple función que cumple este importe en las sociedades mercantiles: empresarial, organizativa y de garantía. La primera de ellas, también conocida como función de explotación o de financiación empresarial, da respuesta a la necesidad de contar con bienes materiales o inmateriales, susceptibles de valoración económica, para acometer una actividad empresarial³. Por lo tanto, para poder llevar a efecto esta función empresarial, el artículo 58 de la LCG expresa *que el capital social de la sociedad cooperativa estará constituido por las aportaciones de naturaleza patrimonial realizadas al mismo por las personas socios, ya sean obligatorias o voluntarias (...)*. Así las cosas, podemos definir las aportaciones sociales cooperativas como aquellos recursos proporcionados por los socios que pasan a integrar el capital social⁴.

² Dice el artículo 58.1 LCG que *el capital social de la sociedad cooperativa estará constituido por las aportaciones de naturaleza patrimonial realizadas al mismo por las personas socios, ya sean obligatorias o voluntarias, que podrán ser:*

a) *Aportaciones con derecho al reembolso en caso de baja.*

b) *Aportaciones cuyo reembolso en caso de baja pueda ser rechazado incondicionalmente por el órgano de administración.*

La consideración del capital social como recurso propio o ajeno no está, por lo tanto, exenta de polémica doctrinal. Defienden la primera postura autores como FAJARDO GARCÍA, G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 25. Entre la doctrina que defiende la consideración del capital social como fondos ajenos se encuentra GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., “Economía financiera de las sociedades cooperativas (y de las organizaciones de participación)” en PRIETO JUÁREZ, J.A. (Coord.), *Sociedades cooperativas: régimen jurídico y gestión económica*, Madrid, Ibidem Ediciones, 1999, p. 260.

³ *Vid.* sobre la función empresarial del capital social PASTOR SEMPERE, M.C., *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Madrid, EDESA, 2002, pp. 75 y ss.

⁴ La doctrina ha criticado un uso menos preciso del término aportación social por parte de la legislación cooperativa, en donde suele aparecer dicha expresión para referirse a todos los bienes entregados por los socios a la cooperativa, aún cuando no formen parte del capital social. *Vid.* TORRES PÉREZ, F.J., *Régimen jurídico de las aportaciones sociales en la Sociedad Cooperativa*, Pamplona, Aranzadi, 2012, p. 22.

2.2.2. Aportaciones sociales

A) Clasificación.

Las aportaciones de los socios se han clasificado atendiendo a distintos criterios. Si tomamos en consideración los más interesantes para analizar la sentencia que nos ocupa, el artículo 58 de la LCG dispone que *las aportaciones se realizarán en moneda de curso legal. No obstante, si lo contemplasen los estatutos o lo acordase la asamblea general, pueden consistir también en bienes y derechos susceptibles de valoración económica*. Visto lo anterior, una primera clasificación sería la que distingue entre aportaciones dinerarias y no dinerarias.

Por otro lado, en virtud del carácter preceptivo o no de las aportaciones, el mismo artículo 58 de la LCG permite clasificarlas en voluntarias y obligatorias. Estas últimas, además, pueden diferenciarse en iniciales u originarias y sucesivas o sobrevenidas, según sean necesarias para acceder a la condición de socio o se trate de nuevas aportaciones obligatorias para quienes ya tienen ese estatus.

B) Aportación obligatoria inicial.

La referencia legal a la aportación obligatoria inicial u originaria, por lo que se refiere a las cooperativas gallegas, aparece en el artículo 19 de la LCG, según el cual, para adquirir la condición de socio *será necesario suscribir la aportación obligatoria mínima, desembolsándola en la cuantía fijada estatutariamente, y, en su caso, la cuota de ingreso*. También regula este tipo de aportaciones el artículo 59 del mismo texto legal, cuando determina *que los Estatutos fijarán la aportación mínima al Capital social para adquirir la condición de socio, que podrá ser diferente para los distintos tipos de socios previstos en la presente Ley, o en función de su naturaleza física o jurídica o de la clase de actividad realizada, o para cada socio en proporción al compromiso o uso potencial que cada uno de ellos asuma de la actividad cooperativizada*. Esta normativa afecta a las aportaciones obligatorias tanto de los socios que accedan a la sociedad en el momento de su constitución como de los que se pretendan incorporar con posterioridad. Ahora bien, respecto de los últimos, el artículo 59.6 de la LCG dispone que *la Asamblea general ordinaria fijará anualmente la cuantía de las aportaciones obligatorias de los nuevos socios y las condiciones y plazos para su desembolso, armonizando las necesidades económicas de la cooperativa y el principio de facilitar la incorporación de nuevos socios*. La existencia de cuantías diversas entre las aportaciones de los primeros socios y los posteriores se justifica “en que los socios originarios han dado los pasos necesarios para constituir la empresa, por lo que los nuevos socios se incorporan a una empresa constituida, desarrollada y en funcionamiento”⁵.

C) Aportación obligatoria sucesiva.

⁵ FAJARDO GARCÍA, G., *La gestión...*, op. cit., p. 59.

A diferencia de los que sucede en otras formas societarias, *la Asamblea general podrá acordar la exigencia de nuevas aportaciones obligatorias, fijando la cuantía, plazos y condiciones del desembolso* (artículo 59.3 LCG). Con esta norma se hace alusión a un sistema de financiación obligatoria a través de fondos propios que actúa como un aumento de capital, si bien diferenciado del existente para el resto de sociedades de capital en el sentido de que dicho aumento debe recaer necesariamente sobre los ya socios⁶. Ahora bien, se ha puesto de manifiesto el peligro de que el recurso a este tipo de financiación pueda convertirse, en realidad, en un mecanismo de presión para forzar el abandono de socios minoritarios. Ante el silencio legal al respecto, la doctrina reclama que se condicionen los acuerdos de nuevas aportaciones obligatorias a la insuficiencia del capital social para atender las necesidades financieras de la cooperativa⁷. En lugar de este requisito, el artículo 59 de la LCG dispone que *el socio disconforme con la ampliación obligatoria de Capital social podrá darse de baja, que se calificará como justificada*.

D) Aportaciones voluntarias.

Dentro del concepto estricto de aportaciones, nos encontramos con parte de capital social integrado por desembolsos voluntarios de los socios. Así lo reconoce el artículo 61 de la LCG, cuando permite que la asamblea general acuerde *la admisión de aportaciones voluntarias al capital social a realizar por las personas socias, fijando las condiciones de las mismas, sin exceder la retribución que se establezca del interés legal del dinero incrementado en 6 puntos*. La doctrina ha señalado que se trata de un modo de financiación útil en supuestos como la falta de mayoría necesaria en la Asamblea para exigir aportaciones obligatorias a los socios⁸. Desde el punto de vista del cooperativista, su atractivo redundaría en la obtención de un interés más elevado que el generado por las aportaciones obligatorias, así como en la posibilidad de aplicar las aportaciones ya desembolsadas, en todo o en parte, a cubrir aportaciones obligatorias sobrevenidas (artículo 59.3 in fine LCG).

E) Reembolso de las aportaciones.

Bajo el término de reembolso de las aportaciones, el artículo 64 LCG regula el derecho de los socios a la liquidación de sus aportaciones en caso de baja, es decir, a recibir lo que resulte de aplicar a las aportaciones las pérdidas y deducciones correspondientes, así como los incrementos oportunos. En este sentido, el citado precepto permite que las cooperativas establezcan deducciones que no podrán ser superiores al 30% en caso de expulsión ni al 20% en caso de baja no justificada. En todo caso, el régimen es distinto cuando se trata de aportaciones voluntarias,

⁶ PASTOR SEMPERE, C., *Los recursos...*, op. cit., p. 184.

⁷ LLOBREGAT HURTADO, M.^a L., *Mutualidad y empresa cooperativas*, Barcelona, J.M. Bosch, 1990, p. 246.

⁸ TORRES PÉREZ, F.J., *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 75.

sobre las que no se podrán aplicar deducciones. A esta regulación general es preciso añadir, en el caso de las cooperativas de viviendas, lo preceptuado en el artículo 121 LCG, según el cual: *En caso de baja del socio, la cooperativa podrá retener el total de las cantidades entregadas por el mismo para financiar el pago de viviendas y locales hasta que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio. Los Estatutos fijarán el plazo máximo de duración del derecho de retención, que no podrá ser superior a un año.*

Cuando la baja del socio fuese considerada como no justificada, si lo prevén los Estatutos, podrán aplicarse a las cantidades entregadas por el mismo para financiar el pago de las viviendas y locales las deducciones a que se refiere el artículo 64 de la presente Ley, hasta un máximo del 40 por 100 de los porcentajes que en el mismo se establecen, destinándose en su totalidad al Fondo de Reserva Obligatorio.

Las cantidades a que se refiere el párrafo anterior, así como las aportaciones al Capital social, deberán reembolsarse al socio en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio.

2.3. Fondos propios

2.3.1. Obligatorios

La legislación cooperativa obliga a aplicar una parte de los excedentes netos del ejercicio a la constitución de un Fondo de Reserva Obligatorio, que se configura como un importante instrumento para incrementar la solvencia financiera de la sociedad y reforzar su grado de autofinanciación⁹. Se trata de una fuente de recursos propios que se van generando durante toda la vida de la cooperativa y que tiene como peculiaridad, en relación con la misma forma de financiación en las sociedades de capital, su carácter irrepartible, esto es, no podrá ser devuelto a los socios, ni aún en caso de disolución o liquidación.

Junto con el Fondo de Reserva Obligatorio, el Fondo de Formación y Promoción Cooperativa comparte sus caracteres de recurso financiero propio, obligatorio e irrepartible. La diferencia entre ambos radica en que la ley ha querido establecer la obligación de reservar parte de los excedentes netos del ejercicio para destinarlos a actividades que, en el caso del artículo 68.2 de la LCG, *cumplan alguna de las siguientes finalidades:*

- a) *A formación de las personas socias y trabajadoras en los principios cooperativos.*

⁹ GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., *Estudio del régimen económico y de la contabilidad de la empresa cooperativa en relación con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas*, REVESCO 54 (1988), p. 190.

- b) *A formación profesional adecuada a la actividad cooperativizada de las personas socias y trabajadoras.*
- c) *A formación en la dirección y control empresarial adecuado a los miembros del consejo rector e interventores o interventoras.*
- d) *A promoción de las relaciones intercooperativas y de las demás entidades creadas para la promoción, asistencia, dirección común o actividades de apoyo entre cooperativas, incluyendo la cobertura de gastos originados por la constitución o incorporación en cooperativas de segundo grado.*
- e) *A promoción y difusión de las características del cooperativismo en el entorno social en que se desarrolle la cooperativa y en la sociedad en general.*
- f) *Las cooperativas de crédito podrán destinar este fondo a la promoción cultural, profesional y social de la comunidad en general. Las restantes cooperativas precisarán la autorización previa del Consejo Gallego de Cooperativas.*
- g) *Para actuaciones para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.*
- h) *A actividades de fomento de la igualdad, en línea con lo previsto en la Ley 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia.*
- i) *Para fomento de la responsabilidad social.*

2.3.2. Voluntarios

Además de los fondos de constitución preceptiva según la ley, la asamblea general, mediante acuerdo expreso, podrá crear fondos de reserva tanto repartibles como no repartibles (artículo 67.4 LCG). La normativa autonómica gallega contempla expresamente, como recursos que integran esta fuente de financiación, los excedentes del ejercicio una vez satisfechos los impuestos exigibles. Asimismo, establece que los fondos de reserva responderán en primer lugar en el supuesto de compensación de pérdidas.

2.4. Financiación ajena

Bajo la rúbrica “Financiaciones que no integran Capital social” el artículo 65 de la LCG contempla los distintos tipos de recursos ajenos a los que puede acudir la sociedad para obtener financiación. Comenzando con los procedentes de los socios, dicho precepto dispone, en su apartado 1, que *estatutariamente o por la Asamblea general podrán establecerse cuotas de ingreso y/o periódicas que no integrarán el Capital social ni serán reintegrables*. Mientras que las cuotas de ingreso tratan de compensar la disminución del valor real de las aportaciones al

capital de los socios anteriores¹⁰, las cuotas periódicas son las entregas que cada cierto tiempo han de realizar los socios con el fin de atender los gastos que se hayan acordado sufragar mediante este recurso.

Por otro lado, en el apartado 2 del artículo 65, la LCG establece que la *entrega por los socios de cualquier tipo de bienes o la prestación de servicios para la gestión cooperativa y en general los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados no integran el Capital social*.

En el mencionado precepto de la ley gallega nos encontramos con otras fuentes de financiación ajena que tienen la característica de que pueden proceder tanto de personas socias como no socias. En primer lugar, *las cooperativas, por acuerdo de la Asamblea general, podrán emitir obligaciones, ajustándose su régimen a lo dispuesto en la legislación aplicable* (artículo 65.4 de la LCG). La doctrina las ha definido como “valores emitidos en serie o en masa, mediante los cuales la sociedad emisora reconoce o crea una deuda de dinero a favor de quienes los suscriban”¹¹.

En segundo término, la *Asamblea general podrá acordar igualmente la emisión de títulos participativos, que darán derecho a la correspondiente remuneración mixta en forma de interés fijo, más un interés variable que se establezca en el momento de la emisión en función de los resultados de la cooperativa* (artículo 65.5 LCG). Estos títulos proporcionan a sus titulares una serie de derechos, políticos y económicos, a cambio de la entrega dineraria.

Con el objeto de obtener financiación, la cooperativa también podrá contratar cuentas en participación, tal y como dispone el artículo 65.6 de la LCG. El artículo 239 del Cco establece el concepto legal de este tipo de financiación, en cuanto que dispone que los comerciantes podrán *interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen*.

Finalmente, en la legislación cooperativa, se contempla la financiación voluntaria de este tipo de sociedades bajo cualquier modalidad jurídica. En algunas leyes autonómicas, como es el caso de la LCG, esta posibilidad queda condicionada, no obstante, a que se trate de emisiones en serie (artículo 65.4 *in fine*). En cualquier caso, es común a la previsión normativa de este tipo de financiación el carácter voluntario, con lo que estaría vetada la obligación de participar en la realización de préstamos o de suscribir valores emitidos por las cooperativas¹².

¹⁰ MORILLAS JARILLO, M.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de Cooperativas*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 408.

¹¹ MORILLAS JARILLO, M.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso...*, op. cit., p. 414.

¹² AA.VV., *Régimen económico*, en PEINADO GRACIA, J.I. (Dir.), *Tratado de Derecho de cooperativas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, pp. 642-643.

3 CONSIDERACIONES FINALES

3.1. Contrato de préstamo

El pronunciamiento objeto de análisis desestima la pretensión de la parte recurrente justificando por qué las sumas entregadas por los socios no pueden ser calificadas como préstamos. A este fin, la Audiencia considera que: “No existe prueba...de los hechos constitutivos de la pretensión. No se documentaron los supuestos préstamos, y el examen de las actas no demuestra inequívocamente que la naturaleza de las entregas fuera la de realizar simples préstamos reclamables en cualquier momento”. Así las cosas, podemos concluir que el tribunal fundamenta su resolución en la falta de prueba de que las sumas entregadas por los socios sean consecuencia de un contrato de préstamo, tanto por ausencia de documentación como, implícitamente, por el contenido de las actas en las que se acordaba nueva financiación. Tras el análisis de las fuentes de financiación de las sociedades cooperativas, no podemos estar en desacuerdo con el resultado de dicha valoración. Como hemos expuesto anteriormente, en la legislación cooperativa se contempla la financiación de este tipo de sociedades bajo cualquier modalidad jurídica. Ahora bien, es común a la previsión normativa de este tipo de financiación el carácter voluntario, con lo que estaría vetada la obligación de participar en la realización de préstamos. Este es el supuesto en el que nos encontramos según el relato fáctico de la sentencia que nos ocupa, en el que se describen las cantidades objeto del litigio como aportaciones financieras obligatorias. Por lo tanto, a los argumentos esgrimidos por la sentencia de apelación, debemos añadir el carácter preceptivo de las sumas que el acuerdo adoptado en la asamblea de 10 de mayo de 2007 obligaba a aportar. Tal circunstancia es incompatible con la posibilidad que tienen las cooperativas de obtener financiación mediante mecanismos jurídicos como el contrato de préstamo. Es cierto, como hemos expuesto, que la legislación cooperativa admite la financiación bajo cualquier modalidad jurídica, pero, en cualquier caso, dicha financiación debe ser voluntaria. En otras palabras, no se podría obligar a los socios a la realización de contratos de préstamo con la cooperativa.

3.2. Aportaciones de los socios

Sin perjuicio de que concluyamos, al igual que la sentencia, que las sumas objeto del litigio no pueden considerarse préstamos de los socios, y que tal pronunciamiento sea suficiente para resolver las pretensiones deducidas, interesa poner de manifiesto la ausencia de una calificación más precisa y argumentada de dichas cantidades por parte del tribunal. En efecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra se limita a referirse al contenido del acuerdo adoptado en la asamblea de 30 de octubre de 2017, en el que expresamente se decide dotar a las cantidades aportadas del carácter de aportaciones financieras obligatorias. Ante

esta calificación, que respeta el rasgo preceptivo de las entregas a las que nos referimos, surge la duda de si se pueden denominar en términos estrictos aportaciones al capital social o existe algún otro mecanismo de financiación mediante recursos ajenos aplicable al caso. La sentencia de primera instancia recoge la opción de que estemos ante *pagos para la obtención de los servicios cooperativizados* (artículo 65.3 LCG), que no integran el Capital social, y que el artículo 121 LCG concreta en *cantidades entregadas... para financiar el pago de las viviendas y locales*. Para una mejor comprensión de esta previsión legal, hay que tener presente que la relación entre una cooperativa y sus socios implica el cumplimiento por estos de la obligación de participar en la actividad económica cooperativa mediante la entrega de una serie de activos; a su vez, los socios tienen derecho a participar en las actividades cooperativizadas para el cumplimiento del fin social¹³. Por lo tanto, a pesar de que estas cantidades no forman parte del capital social, existen caracteres comunes entre las aportaciones en sentido estricto, esto es, aportaciones al capital, y la obligación de participar en la actividad cooperativizada, por cuanto ambas conforman la faceta obligacional de la posición del socio y consisten en la entrega de bienes —también dinero— a la cooperativa¹⁴. A mayores de los rasgos comunes expuestos, el régimen de reembolso de estas cantidades para las cooperativas de viviendas en Galicia es similar al de las aportaciones al capital social. En este sentido, en ambos supuestos procede la práctica de la liquidación correspondiente en el momento en que el cooperativista causa baja y, además, dispone el artículo 121 LCG que *las cantidades entregadas por el socio para financiar el pago de las viviendas y locales, así como las aportaciones al Capital social, deberán reembolsarse al socio en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio*. Así las cosas, carece de importancia a los efectos que nos ocupan, de determinar en qué momento pueden conseguir los demandantes la devolución de las sumas litigiosas, la categorización en una u otra fuente de financiación.

4 BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Régimen económico*, en PEINADO GRACIA, J. I. (Dir.), *Tratado de Derecho de cooperativas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013.
- BEL DURÁN, P. y FERNÁNDEZ GUADAÑO J., “La financiación propia y ajena de las sociedades cooperativas”, CIRIEC 42 (2002).
- FAJARDO GARCÍA, G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Madrid, Tecnos, 1997.

¹³ PANIAGUA ZURERA, M., *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, en AA.VV., *Tratado de Derecho Mercantil* (Dir. OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NÓVOA, D., JIMÉNEZ DE PARGA, R.) Vol 12, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 109.

¹⁴ TORRES PÉREZ, F.J., *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 137.

- GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., “Economía financiera de las sociedades cooperativas (y de las organizaciones de participación)” en PRIETO JUÁREZ, J.A. (Coord.), *Sociedades cooperativas: régimen jurídico y gestión económica*, Madrid, Ibídem Ediciones, 1999.
- *Estudio del régimen económico y de la contabilidad de la empresa cooperativa en relación con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas*, REVESCO 54 (1988) .
- LLOBREGAT HURTADO, M.^a L., *Mutualidad y empresa cooperativas*, Barcelona, J.M. Bosch, 1990.
- MORILLAS JARILLO, M. J. y FELIÚ REY, M. I., *Curso de cooperativas*, Madrid, Tecnos, 2002.
- PANIAGUA ZURERA, M., *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, en AA.VV., *Tratado de Derecho Mercantil* (Dir. OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NÓVOA, D., JIMÉNEZ DE PARGA, R.) Vol 12, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- PASTOR SEMPERE, M. C., *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Madrid, EDESA, 2002.
- TORRES PÉREZ, F. J., *Régimen jurídico de las aportaciones sociales en la Sociedad Cooperativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 167-179
ISSN: 1130-2682

PRESCRIPCIÓN DE CIERTAS ACCIONES
COOPERATIVAS Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES
A LA SOCIEDAD POR PÉRDIDAS (COMENTARIO
A LA SAP JAÉN 621/2017 DE 31 DE OCTUBRE)

*LIMITATION PERIOD OF CERTAIN LEGAL COOPERATIVE
ACTIONS AND REIMBURSEMENT TO THE SOCIETY
BECAUSE OF ECONOMIC LOSSES (COMMENT TO
THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL COURT
OF JAEN 621/2017 FROM 31st OCTOBER)*

SARA LOUREDO CASADO*

Recepción: 19/9/2018 - Aceptación: 20/11/2018

¹ Becaria FPU del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo. Dirección de correo electrónico: saralouredo@uvigo.es

RESUME

Este comentario tiene por objeto la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 31 de octubre de 2017, en la que se impone a los socios de una cooperativa agraria la obligación de hacer frente a las pérdidas cooperativas procedentes de una sobrevaloración del aceite aportado por aquéllos. Los socios recurrentes alegan, fundamentalmente, que ha de aplicarse el plazo de prescripción contenido en el Código de Comercio y no en el Código Civil. Al hilo de este argumento, analizamos la compleja discusión sobre la mercantilidad de las sociedades cooperativas así como el criterio de valoración de las aportaciones sociales.

Además, se hace necesario destacar que las cooperativas agrarias de primer grado suelen integrarse en estructuras de segundo grado, que se ocupan de comercializar los productos generados tras un proceso de transformación. Así, la cooperativa San Juan Bautista, que ocupa la posición de recurrida en la sentencia, se integra en Fedeoliva, que coloca el aceite producido en el mercado.

PALABRAS CLAVE: cooperativas agrarias, cooperativas de segundo grado, mercantilidad de las cooperativas, sobrevaloración de las aportaciones de los socios.

ABSTRACT

This comment aims to analyse the judgment of the Provincial Court of Jaen from 31st October 2017, in which the members of an agricultural cooperative are imposed the obligation of addressing the cooperative losses that have their origin in the overvaluation of the oil produced by them. The appellants plead that the applicable limitation period is that from the Civil Code and not the one from the Commerce Code. With this argument as a base, the complex debate about the mercantile character of the cooperative societies and the valuation criterion of the associate's contributions are studied.

Moreover, it is necessary to point out the fact that the first degree agricultural cooperatives are normally integrated in second degree structures, in charge of commercialising the products from the members after a transformation process. Thus, the cooperative San Juan Bautista, which is the appellee in the judgment, is integrated in Fedeoliva, which puts the products in the market.

KEY WORDS: agricultural cooperatives, second degree cooperatives, mercantile character of the cooperatives, overvaluation of the associate's contributions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS COOPERATIVAS AGRARIAS DE SEGUNDO GRADO. 3. LA VALORACIÓN DE LAS APORTACIONES DE LOS SOCIOS A LA ACTIVIDAD COOPERATIVIZADA. 4. LA DISCUTIDA MERCANTILIDAD DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y SU INCIDENCIA EN EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES. 4.1. La resolución de primera instancia. 4.2. La naturaleza jurídica de las cooperativas y su diferenciación de las sociedades mercantiles. 4.3. La respuesta de la Audiencia Provincial. 5. LA CONSIDERACIÓN DE LA REALIDAD DE LA COOPERATIVA. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. SECOND DEGREE AGRICULTURAL COOPERATIVES. 3. ECONOMIC VALUATION OF MEMBER'S SHARES TO THE COOPERATIVE ACTIVITY. 4. THE DISCUSSED MERCANTILE CHARACTER OF THE COOPERATIVE SOCIETIES AND ITS INCIDENCE IN THE LIMITATION PERIOD OF LEGAL ACTIONS. 4.1. The judgment of the first instance. 4.2. The legal nature of the cooperative societies and its difference with the mercantile societies. 4.3. The answer of the Provincial Court. 5. THE CONSIDERATION OF THE COOPERATIVE REALITY. 6. CONCLUSIONS. 7. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUCCIÓN

El objeto de este comentario es la resolución de la Audiencia Provincial de Jaén, confirmatoria de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 y de lo Mercantil de Jaén de fecha de 26 de septiembre de 2016. Dicho juzgado había fallado condenar a los socios cooperativos demandados a abonar a la cooperativa San Juan Bautista una serie de cantidades fijadas en la propia sentencia.

El origen de esta obligación de pago de los socios es la deuda contraída por la cooperativa de primer grado con la de segundo en la que se integra (Fedeoliva), debido al sobreprecio pagado por la última a los socios según los kilogramos totales de aceite producidos por cada uno de ellos.

El tema central de la sentencia —primer motivo del recurso de apelación— es el del plazo de prescripción de la acción de la sociedad contra los socios ya que, en este punto, el Código de Comercio (en adelante, CCom) y el Código Civil (CC) difieren considerablemente. El primero establece un periodo más corto que favorece a los socios demandados y que alegan en su favor en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación. Sin embargo, para que éste sea de aplicación hay que considerar las sociedades cooperativas como compañías mercantiles, lo que a juicio de la sentencia no resulta adecuado.

El segundo motivo de recurso pivota sobre la falta de contabilización de las pérdidas por la empresa, lo que supone —a juicio de los socios— la imposibilidad

de su imputación a los miembros de la misma. Sin embargo, en esta cuestión, la Audiencia acude a indicios reales de esta deuda, siendo determinante la solicitud de un préstamo hipotecario por la Sociedad Cooperativa Andaluza demandante (SCA en adelante).

Sin embargo, nos gustaría comenzar este comentario con una breve explicación acerca de las cooperativas de segundo grado, especialmente en lo que se refiere al sector agrícola andaluz y hacer también mención a la valoración de las aportaciones de los socios a las cooperativas.

2 LAS COOPERATIVAS AGRARIAS DE SEGUNDO GRADO

El sexto principio cooperativo enunciado por la Alianza Cooperativa Internacional es el de cooperación entre cooperativas. Es lógico que una estructura que pretende alcanzar la colaboración de sus miembros contribuya, a su vez, con otros a alcanzar sus fines y objetivos y a extender el fenómeno cooperativo.

Una de estas formas de cooperación es el de la creación de estructuras de segundo grado, en las que se integran las sociedades cooperativas junto con otros miembros (personas físicas o jurídicas).

En relación a estas cooperativas de segundo grado, el art. 77.1 de la Ley de Cooperativas estatal (LCoop en adelante) dispone que *“tienen por objeto promover, coordinar y desarrollar fines económicos comunes de sus socios, y reforzar e integrar la actividad económica de sus socios”*. Por su parte, la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas (LSCA en adelante) de 1999 disponía en su art. 158.1 que *“para el cumplimiento y desarrollo de fines comunes de orden económico, dos o más cooperativas podrán constituir cooperativas de segundo o ulterior grado”*.

Se han destacado como notas definitorias de las cooperativas de segundo grado los siguientes:

- Mantenimiento de la forma societaria de la sociedad cooperativa.
- Composición por socios cooperativos y otras personas físicas y jurídicas.
- Deber de desarrollar las ideas y los fines de las sociedades cooperativas socias que la integran.
- Posición de cabeza de un grupo empresarial.
- Posesión de personalidad jurídica independiente de las sociedades cooperativas que la forman.

Las ventajas fundamentales de la integración se basan en las sinergias generadas por el trabajo conjunto de los miembros hacia el mismo fin social y a través de valores comunes. Además, al contrario que otras formas de integración como la fusión, la constitución de cooperativas de segundo grado no exige que ninguno de los entes que forma parte del conjunto desaparezca y extinga su personalidad jurídica sino que aprovecha las estructuras existentes. Desde un punto de vista fis-

cal, las concentraciones de sociedades, por su mayor dimensión, pueden acceder a ayudas públicas y beneficios fiscales que, de otro modo, no estarían a su alcance. Y, en general, se enfrentarían con más recursos y más capacidad de reacción a los cambios de un mercado constituido por empresas multinacionales y globalizadas.

Sin embargo, existen también algunos inconvenientes de estas formaciones que pivotan fundamentalmente alrededor de la pérdida de decisión de los miembros en favor de la unidad de acción de nivel superior. En este sentido, aunque el principio general es un socio, un voto —al igual que en las cooperativas de primer grado—, puede establecerse un sistema de voto proporcional o plural que en ningún caso ha de basarse en la aportación al capital social sino a la actividad cooperativizada —o incluso a criterios como el del número de socios que integran las entidades asociadas—.

Las cooperativas agrarias de segundo grado cobran especial importancia en Andalucía y, por provincias, en Jaén, debido a la producción de aceite. Las almazaras y las cooperativas de recogida de aceite —que suelen organizarse como cooperativas de primer grado— se integran en cooperativas de segundo grado para comercializar dicho aceite bajo una marca común. De hecho, estas cooperativas de segundo grado aunque se suelen ser caracterizadas como agrarias por los estatutos, funcionan en la mayoría de ocasiones como sociedades de servicios puesto que ayudan a los socios a colocar sus productos en el mercado. Sin embargo, como han puesto de manifiesto los análisis estadísticos, desde 2009, se ha experimentado un fuerte retroceso en el cooperativismo andaluz de segundo grado debido a la crisis económica y a la destrucción de tejido societario que ha llevado aparejada¹.

3 LA VALORACIÓN DE LAS APORTACIONES DE LOS SOCIOS A LA ACTIVIDAD COOPERATIVIZADA

La sentencia que ahora comentamos aporta, en el fundamento jurídico primero, el dato de que la situación de endeudamiento —causante de las pérdidas sociales— se había producido por la sobrevaloración de las aportaciones (kilogramos de aceite) de cada socio.

Sin ánimo de detenernos excesivamente en este punto, consideramos importante reflexionar acerca de la correcta valoración de las aportaciones de los socios cooperativos a la actividad que constituye el objeto de la sociedad.

Estas aportaciones que se destinan a la realización del objeto social de la cooperativa (en este caso, la recolección del aceite producido por los socios) son dis-

¹ PUENTES-POYATOS, R., “Las sociedades cooperativas de segundo grado como instrumento de cooperación entre cooperativas: aspectos económicos y organizativos”, *Revista de Estudios Empresariales* 1 (2010), págs. 103 - 128.

tintas de las contribuciones al capital social: las primeras pertenecen a la relación mutualista mientras que las segundas forman parte de la relación societaria.

El lucro o beneficio de los socios —que tratamos profusamente en el apartado siguiente— se produce en las cooperativas agrarias como consecuencia del cobro del importe recibido por la entrega del producto a la sociedad. Esto provoca que la mayoría de sociedades del sector operen a beneficio cero porque intentan pagar al socio el máximo por los productos aportados, siendo secundarios los retornos o excedentes sociales².

El problema puede surgir cuando, como en este caso, la valoración que se efectúa de las aportaciones del socio a la actividad cooperativizada —superior a la que otorgaría el mercado— genera pérdidas sociales que no pueden ser afrontadas por la sociedad en su marcha normal sino que, a pesar de intentar refinanciar mediante préstamos bancarios, han de ser finalmente amortizadas por los socios conforme a su participación en la actividad cooperativizada.

4 LA DISCUTIDA MERCANTILIDAD DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y SU INCIDENCIA EN EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

4.1. La resolución de primera instancia

La sentencia de instancia condenó a cada uno de los socios al pago de unas cantidades en función de su propia actividad en las campañas agrícolas que tuvieron lugar desde los años 1999/2000 a 2003/2004. Esta condena resultaría posible, según el juzgado, porque el art. 1964 del CC establece un plazo de prescripción de quince años para todas aquellas acciones sin otro plazo fijado. El precepto actual no habla de quince sino de cinco años (desde la reforma operada por la Ley 42/2015 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero a los hechos enjuiciados ha de aplicarse la versión anterior.

La opción propugnada por los socios es la aplicación del art. 947 del CCom que establece un plazo de prescripción de tres años:

“Las acciones que asisten al socio contra la sociedad, o viceversa, prescribirán por tres años, contados, según los casos, desde la separación del socio, su exclusión, o la disolución de la sociedad.

² VARGA VASSEROT, C. y AGUILAR RUBIO, M., “Régimen económico y fiscal de las cooperativas agrarias y de las SAT. El capital social, determinación de resultados, distribución de excedentes y obligación de auditoría” en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 200.

Será necesario, para que este plazo corra, inscribir en el Registro Mercantil la separación del socio, su exclusión, o la disolución de la sociedad”.

Fue precisamente debido a este requisito contenido en el segundo párrafo del art. 947 que la juzgadora de instancia consideró que el precepto no era de aplicación al ámbito cooperativo. En este sentido, la inscripción de la baja en un registro público es innecesaria en las sociedades cooperativas y hace que el precepto no resulte extrapolable a éstas.

Por otra parte, según el art. 2.1 de la Ley 2/1999 de Sociedades Cooperativas Andaluzas en vigor hasta 2011 (aplicable al caso), estas compañías se definen como “... *sociedades participativas que asocian a personas físicas o jurídicas que tienen intereses o necesidades socioeconómicas comunes, para cuya satisfacción y en interés de la comunidad realizan cualquier actividad empresarial, con arreglo a los principios y disposiciones de esta Ley*”.

La jueza contrapone este concepto de cooperativa con el de compañía mercantil que ofrece el art. 116 CCom: “... *dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, ...*”. Al hilo de la regulación transcrita, entendió que el ánimo de lucro no está presente en las cooperativas, lo que induce a pensar que no pueden ser tratadas como sociedades mercantiles.

4.2. La naturaleza jurídica de las cooperativas y su diferenciación de las sociedades mercantiles

La mercantilidad de las sociedades cooperativas ha sido cuestionada fundamentalmente con base en su carácter mutualista y su construcción sobre los principios cooperativos, dominados por la solidaridad. Además, como nota distintiva respecto a otras sociedades —especialmente las de capital—, se produce en las cooperativas una estrecha relación entre sociedad y socios.

La nota de mutualidad que poseen las cooperativas —entre otras sociedades como las mutuas de seguros— implica que los socios, además de los derechos y obligaciones inherentes a su condición, participan en la actividad económica constitutiva del objeto social.

Pues bien, el análisis de este carácter mutualista en las cooperativas ha venido influido por la doctrina italiana, que considera que en éstas no se produce un lucro social³. Esta inexistencia se basa en dos argumentos básicos: a) que el lucro sólo existe cuando se produce un incremento patrimonial positivo (concepción históri-

³ Vid., en este punto, el estudio de PANIAGUA ZURERA, M., *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 331-372 y GADEA, E., SACRISTÁN, F. y VARGAS

ca heredera del Código Civil y la doctrina francesa) y, b) que es necesario separar el lucro objetivo —ganancia incorporada o ingresada previamente en el patrimonio social— del lucro subjetivo —percibido por los socios—. La principal consecuencia de esta concepción, en palabras de PANIAGUA ZURERA, es que “*la cooperativa se abstrae como centro de imputación de beneficios y pérdidas; en su lugar aparece una red capilar de singulares centros de imputación patrimonial enucleados en las cabezas de cada uno de los socios*”⁴. Y así, según otros autores con los que no está de acuerdo el mencionado *ut supra*, las funciones económicas y jurídicas de la cooperativa quedarían limitadas a las de representante, gestor, mandatario o comisionista de los socios.

Sin embargo, la negación del ánimo de lucro en las sociedades cooperativas es, en gran medida, un argumento artificial. En primer lugar porque, como ya indicaba MANARA, “*el ente sociedad no es una persona jurídica diversa de los socios, sino que es el conjunto de los socios; y el lucro de los socios es precisamente el lucro de la sociedad, es decir, el lucro que éstos obtienen unidos en sociedad*”⁵. Por lo tanto, no tiene sentido distinguir entre el lucro objetivo y subjetivo. Por otra parte, el lucro social no es el elemento definitorio del contrato de sociedad, aunque algunos preceptos parezcan poner el énfasis en él⁶, y, en todo caso, no puede identificarse únicamente con la obtención de un incremento patrimonial. En este sentido, en nuestro Ordenamiento el art. 1678 CC establece como posible objeto de la sociedad de interés particular (opuesta a la sociedad de interés público) el uso o los frutos de cosas determinadas o el ejercicio de una profesión o arte —y no, por tanto, la necesaria obtención de una ganancia—. Nuestra doctrina ha interpretado que el lucro en las cooperativas no es inexistente sino que se encuentra tan sólo limitado en dos aspectos: los resultados positivos generados por la cooperativa no pueden distribuirse en función de un criterio distinto al de participación de los socios en la actividad cooperativizada; y no pueden distribuirse entre los

VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 70-82.

⁴ PANIAGUA ZURERA, M., *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 305.

⁵ MANARA, U., *Le società cooperative nel vigente Codice di commercio italiano*, Unione Tipografico-editrice, Turín, 1899, págs. 44-49.

⁶ En especial, debido al art. 116 CCom: “*El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. (...)*”. Y al art. 1665 CC: “*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*”.

socios esos beneficios o ganancias derivados de la actividad cooperativizada que se lleva a cabo con no socios⁷.

Observamos, pues, que es inexacto conectar el carácter mutualista de las cooperativas y las especialidades en relación a su lucro social con la mercantilidad de estas sociedades.

En esta línea, algunos autores apuestan por despojar a las cooperativas de ideologías políticas que las han lastrado y han generado confusión acerca de su verdadera naturaleza jurídica. Opinan que la organización de la cooperativa no es sólo idónea para el desarrollo de una actividad empresarial sino que en sí misma es una verdadera estructura de empresa. En efecto, si para distinguir entre mercantilidad y civilidad de las sociedades se han abandonado criterios formales (como el de constitución según el Código de Comercio) y se ha adoptado el criterio empresarial, hemos de recordar que el objeto social de las cooperativas es precisamente el desarrollo de una actividad empresarial.

Esta idea parece imponerse en el Anteproyecto de Código Mercantil —objeto de estudio parlamentario—, en el que, si bien la cooperativa podría considerarse una sociedad en virtud de su objeto —de su actividad—, se establece que, en todo caso, constituye una sociedad mercantil por la forma (Art. 211 del Anteproyecto⁸).

Para DÍAZ DE LA ROSA la cooperativa, caracterizada por una estructura organizativa compleja, se acerca más a las sociedades mercantiles que otras figuras asociativas simples.

Sin embargo, no hemos de olvidar que el mencionado Anteproyecto ha de superar una exhaustiva revisión de tipo político y que será, sin duda, objeto de enmiendas, y su entrada en vigor parece aún lejana. La realidad a día de hoy es que las cooperativas poseen unos rasgos que combinan la estructura de una empresa con los valores propios del asociacionismo civil y que, si bien desarrollan una actividad empresarial, su regulación se remite también al CC.

⁷ PANIAGUA ZURERA, M., *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 493.

⁸ Artículo 211-1. Sociedades mercantiles.

“1. Son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten algunos de los siguientes tipos:

- a) La sociedad colectiva.
 - b) La sociedad comanditaria simple.
 - c) La sociedad limitada.
 - d) La sociedad anónima.
 - e) La sociedad comanditaria por acciones.
 - f) La sociedad cooperativa.
- ...”.

4.3. La respuesta de la Audiencia Provincial

Los recurrentes esgrimen en segunda instancia el motivo de la mercantilidad de las cooperativas para oponerse a la sentencia solicitando la aplicación del plazo de prescripción más breve del CCom a partir del Acuerdo del Consejo Rector (haciendo una interpretación hermenéutica de la norma, según lo previsto en el art. 3 CC. Se apoyan para ello en el criterio de parte de la doctrina según el que estas sociedades poseen carácter mercantil.

Sin embargo, la AP de Jaén establece que *“por más que efectivamente podamos aceptar de alguna manera que las Cooperativas podrían ser consideradas sociedades mercantiles desde el momento en que operan en el tráfico mercantil, lo cierto es que son objeto de regulación normativa especial y distinta del CCom, al que incluso escasamente se remiten las leyes de Cooperativas (estatal y autonómica), por sus particulares características y peculiaridades...”*.

Consideramos que estas líneas recogen una contraposición tradicional en las cooperativas, que está siendo superada en la actualidad: operan en el mercado y desarrollan una actividad económica —en el caso analizado, la recogida del aceite de los productores y la gestión de la venta del mismo en las cooperativas de primer y segundo grado respectivamente— pero eran reguladas de forma poco conexas con el CCom.

Además, se destaca que la prescripción —que, no lo olvidemos, es una de las formas en las que se extinguen las obligaciones y, por tanto, los derechos del acreedor— ha de interpretarse de forma restrictiva. Así, sería más acorde con esta lectura aplicar la prescripción del art. 947 CCom sólo cuando es precisa la inscripción en un registro público —como en los casos de disolución de la cooperativa— y no por la adopción de un acuerdo por el Consejo Rector.

Por lo expuesto, se desestima este motivo de recurso y se confirma que la acción de la sociedad contra los socios no ha prescrito. Concordamos con la AP en la interpretación restrictiva que se hace de la prescripción pero no en el argumento de que, en general, las cooperativas están más próximas a la regulación civil que a la mercantil.

5 LA CONSIDERACIÓN DE LA REALIDAD DE LA COOPERATIVA

El segundo motivo de recurso de los socios demandados es la falta de acreditación suficiente de las pérdidas que se les imputan ya que dicha deuda no aparece claramente recogida en las cuentas anuales que la SCA presentó en el Registro de Cooperativas.

La cuestión ya había sido objeto de debate en primera instancia y sobre ella se había pronunciado la juzgadora en este sentido:

“... debe determinarse que lo que realmente interesa no es tanto la contabilidad formal como la situación real de la cooperativa (tal y como este Juzgado ha venido reiterando en sentencias dictadas en autos similares...). Lo que ha de primar, por tanto, es el reflejo de la realidad económica de la Cooperativa frente a la formal que figure recogida en su contabilidad.

(...) Si la contabilidad está mal, si las cuentas aprobadas no se ajustan a la realidad debe estarse por encima de ella y acudir a la situación real de la sociedad. Quiere esto decir; por el hecho de que las cuentas de la sociedad, por desconocimiento, por mala práctica contable, por malicia o por error, no recojan una pérdida (o un beneficio), no significa que éste deje de existir; si una sociedad no recoge una deuda en sus cuentas no por ello deja de deber dinero a su acreedor y en nada afectará a éste para reclamar lo que se le debe”.

Compartimos esta opinión: una deuda no deja de existir por el mero hecho de ser ignorada en la contabilidad. El criterio contrario llevaría a considerar que las cuentas de la cooperativa son la única fuente fiable para conocer las pérdidas y ganancias de la misma y podría incentivar la manipulación de dichas cuentas para no hacer frente a la situación real de la compañía. En realidad, esta visión realista de la sociedad es coherente y está en sintonía con la corriente iniciada por los juzgados de aplicar teorías como la del levantamiento del velo cuando la forma ha sido claramente manipulada.

Continúa la sentencia de la AP remitiéndose a la resolución de la primera instancia, en la que se tuvieron en consideración distintas pruebas que acreditaban la existencia de las pérdidas. En primer lugar, un informe pericial en el que se recogía como deuda demostrada el importe refinanciado por las entidades Caja Rural de Jaén, Unicaja y Banesto mediante un préstamo hipotecario (4.208.668,28€). Esta decisión de refinanciación fue, además, aprobada por la Junta General Extraordinaria de Fedeoliva, la cooperativa de segundo grado, de 10 de junio de 2005, cuyo acuerdo no fue impugnado por ningún socio. En segundo lugar, de la testifical de algunos socios se desprendía que conocían las vicisitudes de Fedeoliva, el acuerdo de refinanciación de la deuda y el criterio de imputación proporcional a la producción de aceite. Finalmente, el mismo Juzgado de lo Mercantil fue el competente del concurso de Fedeoliva y en una sentencia relativa a dicho proceso se afirmó que *“los préstamos que ha asumido la Cooperativa, derivan del pago de la cosecha de aceituna, que en su día realizó dicha Cooperativa a los socios, ya que sólo a través de dichos préstamos se hizo posible efectuar las liquidaciones, y por ello, por ese beneficio propio que les supuso, y al que se refiere el reseñado sobreprecio, recogido en los informes periciales obrantes en las actuaciones, y por el principio de solidaridad que debe presidir el sistema cooperativista”.*

Como último punto de este motivo queremos detenernos en la aclaración realizada por el Juzgado de lo Mercantil al hilo de la sentencia del concurso de Fe-deoliva que afirmaba que las deudas refinanciadas por el préstamo hipotecario eran de los socios con la cooperativa y no de la propia cooperativa, y por tanto el criterio de imputación no había de ser la aportación inicialmente realizada al capital social. En este punto, la resolución de primera instancia consideró que no podía aplicarse el art. 94.5 LSCA (de 1999) a las deudas consecuencia de la relación cooperativa entre socio y sociedad, ya que el precepto no comprende esa situación.

El mencionado precepto disponía “*Lo dispuesto en este artículo (rubricado “imputación de pérdidas”) se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad limitada del socio, establecida en el artículo 5 de la presente Ley*”. Por tanto, el art. 5 supone un límite a la imputación de pérdidas a los socios: “*La responsabilidad del socio por las deudas de la cooperativa quedará limitada a sus aportaciones suscritas al capital social, estén o no desembolsadas*”. Sin embargo, la juzgadora de instancia y posteriormente la AP no consideran aplicable este límite porque no estamos ante pérdidas de la propia. Al contrario, se opta por establecer las cantidades de acuerdo a la actividad cooperativizada, es decir, según la producción (kilogramos generados) de aceite de cada socio.

6 CONCLUSIONES

Nuestras conclusiones al hilo de esta sentencia —si bien no todas coinciden con ella— son las siguientes:

No puede negarse la mercantilidad de las cooperativas porque desarrollan una actividad económica organizada en el mercado y persiguen con ello la obtención de un lucro. Éste en las cooperativas agrarias se concreta en el precio obtenido por sus aportaciones a la actividad cooperativizada, normalmente de cuantía superior a la que fijaría el mercado. En este punto diferimos de la opinión de la AP de Jaén que parece descartar la mercantilidad de las cooperativas con base, entre otros motivos, en la mayor remisión al CC que al CCom de su regulación.

A pesar de que no compartimos este razonamiento desde un punto de vista general, nos parece acertada la interpretación estricta que acoge el órgano judicial del precepto del CCom que hace referencia al plazo de prescripción. Aquél exige constancia registral de la separación del socio, su exclusión, o la disolución de la sociedad, según los casos, la cual no es necesaria en el caso asimilable de baja del socio cooperativo. Es necesario hacer una interpretación excesivamente amplia y, hasta cierto punto desnaturalizada, del art. 947 del CCom. Por ello, en este punto, consideramos aplicable el plazo de prescripción del CC.

Por último, las pérdidas sociales, aunque no figuren en la contabilidad social, no dejan por ello de ser reales. Este planteamiento obliga a tener en cuenta otros

indicios y a adaptarse a la situación real, obviando la contabilidad que, por otra parte, podría ser manipulada. Y, en cuanto a la imputación de dichas pérdidas, se sigue el criterio de la aportación a la actividad cooperativizada y no al capital social cuando el origen ha sido precisamente dicha actividad.

7 BIBLIOGRAFÍA

- GADEA, E., SACRISTÁN, F. y VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009.
- MANARA, U., *Le società cooperative nel vigente Codice di commercio italiano*, Unione Tipografico-editrice, Turín, 1899.
- PANIAGUA ZURERA, M., *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- PUENTES-POYATOS, R., “Las sociedades cooperativas de segundo grado como instrumento de cooperación entre cooperativas: aspectos económicos y organizativos”, *Revista de Estudios Empresariales* 1 (2010).
- VARGAS VASSEROT, C. y AGUILAR RUBIO, M., “Régimen económico y fiscal de las cooperativas agrarias y de las SAT. El capital social, determinación de resultados, distribución de excedentes y obligación de auditoría” en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, Dykinson, Madrid, 2006.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.1. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (PORTUGAL)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 40 (2017-2018), páxs. 183-191
ISSN: 1130-2682

A ISENÇÃO DE PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS
PELAS PESSOAS COLETIVAS PRIVADAS SEM FINS
LUCRATIVOS: ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 22 DE MARÇO DE 2017

*THE EXEMPTION OF PAYMENT OF PROCEDURAL COSTS
BY NON-PROFIT PRIVATE COLLECTIVE ENTITIES:
ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE LISBOA OF MARCH 22ND, 2017*

HELENA SALAZAR*

* Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CEOS.PP. Correio eletrónico: hsalazar@iscap.ipp.pt. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL.

1 IDENTIFICAÇÃO DA QUESTÃO A TRATAR

A questão que nos propomos tratar respeita ao âmbito de aplicação da isenção de pagamento de custas processuais das pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos prevista na alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais (RCP)¹.

Esta matéria tem tido tratamento frequente na jurisprudência, evidenciada em vários acórdãos em que tem sido chamada à colação, pelo que resulta justificado o interesse prático no seu estudo e na presente anotação². Acresce que no presente acórdão foi proferido um voto de vencido, o que evidencia posições distintas nas soluções propostas para este assunto.

O tema da isenção de pagamento das custas processuais pelas pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos, ganhou particular interesse com a entrada em vigor do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008 de 26 de fevereiro, que introduziu diversas alterações no seu texto, com uma visão claramente mais redutora nas situações de isenção relativamente ao regime que o procedeu - o Código das Custas Judiciais (CCJ)³.

Esta redução das situações de isenção das pessoas coletivas de direito privado traduz uma mudança de paradigma no regime das isenções - com efeito, no regime revogado encontrava-se consagrada a isenção geral do pagamento de custas processuais para as instituições privadas de solidariedade social, o que significava que em qualquer ação em que litigasse como autora ou ré, garantia-se à pessoa coletiva o direito à isenção do pagamento de custas judiciais. Nessa conformidade, a alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do CCJ, previa a aludida isenção sem sujeição a quaisquer condições ou limitações⁴.

Com a entrada em vigor do RCP, houve a declarada intenção do legislador de alterar o regime das isenções concedidas. Se por um lado, agora são concedidas a todas as pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos, por outro, a sua atribuição só ocorre mediante a verificação das condições previstas na lei.

¹ Segundo o artigo 3.º n.º 1 do Regulamento das Custas Processuais, as custas processuais abrangem a taxa de justiça, os encargos e as custas de parte.

² A título de exemplo, referimos os seguintes arestos: acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de Dezembro de 2011, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de janeiro de 2013, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de setembro de 2013, e o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de junho de 2017, todos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

³ O Código das Custas Judiciais foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224-A de 26 de Novembro com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 324/2003 de 27 de Dezembro.

⁴ De notar que no CCJ a isenção estava apenas conferida às IPSS, sendo que agora está consagrada a todas as pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos.

Contudo, a vontade de limitar os casos de isenção foi explicitada no prefácio do diploma, justificando-se pela necessidade de reduzir as situações de isenção e de uniformizar todos os casos de atribuição de isenção.

Esta mudança de regime e de paradigma em sede de isenções de pagamento de custas processuais justifica que, desde a entrada em vigor do RCP, exista um número significativo de processos judiciais em que a questão da isenção de custas se tem vindo a colocar.

Importa delimitar a situação fáctica que deu origem ao presente acórdão para podermos saber se se encontra no âmbito de aplicação da norma da alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais.

O caso dos autos que deu origem ao presente acórdão resulta de uma ação em que uma Instituição Particular de Solidariedade Social (IPSS), que se dedica à educação de crianças e jovens e à formação de educadores⁵, celebrou, com vista à prossecução da sua atividade, um contrato de trabalho com a aqui recorrente.

Por razões que não constam do presente acórdão, a recorrente na qualidade de trabalhadora peticionou a condenação da recorrida, sua entidade empregadora, no pagamento de créditos laborais vencidos e não pagos, bem como o pagamento de indemnização por danos não patrimoniais, pedido esse decorrente da execução de um contrato de trabalho que ambas as partes celebraram. Em face da demanda judicial, a recorrida invocou a sua qualidade de IPSS para peticionar a isenção do pagamento de custas processuais.

O cerne da questão reside em saber se esta demanda se integra ou não na isenção subjetiva prevista na norma em referência, sendo que no presente aresto a decisão final foi em sentido negativo – todavia, essa posição não colheu a unanimidade dos votos dos desembargadores, existindo uma declaração de voto com voto de vencido, com a qual concordamos.

2 CONDIÇÕES DE ATRIBUIÇÃO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS ÀS PESSOAS COLETIVAS DE DIREITO PRIVADO

Na alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais prevê-se que estão isentas do pagamento de custas processuais, as pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos quando atuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições ou para defender os interesses que lhes estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto ou nos termos de legislação que lhes seja aplicável⁶.

⁵ Estes fins encontram-se especialmente previstos nas alíneas a) a d) do artigo 4.º dos seus estatutos.

⁶ Segundo Salvador da Costa, Regulamento das Custas Processuais Anotado, 5.ª Edição, 2013, p. 159, a isenção é motivada pela ideia de estímulo ao exercício de funções que sem espírito de lucro realizam tarefas em prol do bem comum, que aproveitam à comunidade e que incumbe ao Estado facilitar.

A primeira conclusão que se retira da leitura da norma é a de que não quis o legislador consagrar um regime de isenção geral como fez no passado, em que se concedia a isenção do pagamento de custas judiciais sempre que litigava em juízo uma pessoa coletiva privada sem fim lucrativo⁷.

Estava subjacente à previsão da norma do CCJ e ao benefício que representava, por um lado, o intuito não lucrativo destas entidades, e por outro, a contribuição relevante e significativa que da sua ação dimanava para a sociedade e o contributivo para o bem comum.

Diga-se, contudo, que a este respeito nada mudou, pois as pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos objetiva e conceptualmente mantêm, como não poderia deixar de ser, os traços supra referidos⁸. São aliás essas características que as diferenciam das restantes pessoas coletivas e que justificam a concessão de alguns benefícios, designadamente o regime especial em matéria de custas processuais.

Decididamente o que se alterou foi a conceção do legislador sobre as situações que se enquadram no regime de isenção, e é isso que justifica uma significativa redução das situações de isenção atualmente previstas no texto da lei, e que pasamos a analisar.

Em face do regime vigente, a atribuição de isenção de pagamento de custas às pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos tem carácter limitado, não se limitando a conceder isenção em face da simples atuação da pessoa coletiva, o qual fica condicionado à atuação exclusiva no âmbito das suas especiais atribuições⁹.

Ao dispor neste sentido, o legislador não cobre com o regime de isenção de pagamento das custas processuais todas as atuações judiciais da pessoa coletiva, mas apenas as que apresentarem as referidas características.

A referência do texto da lei à atuação exclusiva no âmbito das suas especiais atribuições, teve como intenção, como já referimos, reduzir os casos em que a atuação da pessoa coletiva litiga em juízo sem pagar custas judiciais.

Importa, por conseguinte, perceber quando é que a pessoa coletiva atua exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições. Como se sabe, as atribuições

⁷ Como se poder ler no Acórdão da Relação de Guimarães de 14 de junho de 2017, citando o acórdão de 30 de abril de 2015 da mesma relação ambos disponíveis em <www.dgsi.pt>. Esta isenção subjetiva apresenta duas características peculiares, é limitada e condicionada. Limitada porque não depende da qualidade dos sujeitos, mas antes dos concretos contornos da ação para a qual se pretende a mesma; condicionada porque pode a final vir a suportar as custas nos termos dos n.ºs 5 e 6 da mesma norma.

⁸ Para maior desenvolvimento sobre o conceito de pessoa coletiva, e em especial sobre as pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos, ver Heirich Ewlad Horster, *A parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 358-406.

⁹ Neste sentido Salvador da Costa, *Regulamento das Custas Processuais Anotado*, 5.ª Edição, 2013, p. 159.

de cada pessoa coletiva são aquelas que constarem do respetivo estatuto, e como tal, apresentando conteúdo e funcionalidades distintas de acordo com o seu fim e o objeto que prosseguem¹⁰.

Conceptualmente as atribuições das pessoas coletivas são preenchidas pelos fins que determinaram a sua constituição como consta do n.º 1 dos artigos 167.º e 186.º do Código Civil e que vão determinar a sua individualidade, a sua capacidade e o eventual reconhecimento da sua utilidade pública¹¹.

Podemos deste modo concluir que a atuação exclusiva no âmbito das especiais atribuições apenas abarca as atribuições das pessoas coletivas previstas nos estatutos com exclusão de quaisquer outras.

A questão que hoje se coloca é a de saber se, ao estatuir a norma em referência, o legislador teve a intenção de retirar do regime de isenção toda e qualquer litigância das pessoas coletivas fora das suas atribuições. Importa especialmente saber se não permitiu que nela se incluam as atuações necessárias ou instrumentais à execução das ditas atribuições especiais.

É esta a conclusão que parece tirar-se do texto da norma que, ao referir-se à atuação exclusiva no âmbito das especiais atribuições da pessoa coletiva, evidencia essa vontade.

É essencialmente neste quadro que surge a discussão quanto à interpretação da norma: fazemos uma interpretação absolutamente literal da letra da lei, caso em que a pessoa coletiva apenas beneficia do regime de isenção no âmbito das suas exclusivas competências e das suas especiais atribuições, ou fazemos uma interpretação extensiva da letra da lei de modo a abarcar no regime de isenção as atuações necessárias e instrumentais à realização das atribuições da pessoa coletiva, maxime como o caso dos autos, em que se discute as obrigações decorrentes de um contrato de trabalho, instrumento absolutamente necessário à prossecução das finalidades da pessoa coletiva.

Parece-nos ser esta a interpretação mais consentânea com a tradição e com a realidade inerente à atuação das pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos. Compreendemos por isso as razões apresentadas no voto de vencido manifestado no presente acórdão, porquanto também tendemos a considerar que, por exemplo, as questões inerentes a um contrato de trabalho como o celebrado nos autos são uma “decorrência natural” da ação da pessoa coletiva.

¹⁰ Neste sentido, pode ler-se no acórdão do tribunal da Relação de Coimbra de 10 de setembro de 2013, disponível em <www.dgsi.pt>, que as especiais atribuições das pessoas coletivas são os fins ou as finalidades para a realização das quais foi formada a pessoa coletiva e que lhe conferem identidade e que as distinguem de outras pessoas no mundo das pessoas coletivas.

¹¹ Sobre o tema ver Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral*, tomo III, 2004, Almedina, p. 537-553.

Além da atuação da pessoa coletiva nos termos que referimos, existe uma segunda situação em que se concede isenção à pessoa coletiva privada sem fins lucrativos, e que respeita às ações em que aquela aja em defesa dos seus especiais interesses conferidos pelo estatuto ou pela lei.

Trata-se de uma previsão muito genérica, mas que vai no mesmo sentido da que já analisamos. Apresenta igual caráter restritivo das situações de isenção, agora limitada à defesa dos interesses conferidos pelo respetivo estatuto ou pela lei à pessoa coletiva, e como tal, terá de se concretizar apenas caso a caso, consoante o objeto da lide em que a pessoa coletiva intervém¹².

Resta ainda acrescentar que, muito embora as pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos possam estar isentas do pagamento de custas judiciais, podem no final do processo ter de as liquidar, nomeadamente quando o tribunal concluir pela manifesta improcedência do pedido, e ainda ter de responder pelos respetivos encargos quando a respetiva pretensão for totalmente vencida, conforme previsto nos n.ºs 6 e 7 do artigo 4.º do RCP - ficando tal solução dependente de decisão judicial nesse sentido.

3 NATUREZA INSTRUMENTAL DO CONTRATO DE TRABALHO RELATIVAMENTE AOS FINS ESTATUTÁRIOS E À DEFESA DOS INTERESSES DA PESSOA COLETIVA

Conhecidos os limites impostos pela letra da lei, parece-nos que importa encontrar uma solução de modo a que as situações de isenção possam servir a realidade relativa à litigância das IPSS, que só será eficaz se lhes permitir atingir plenamente as suas atribuições, não esquecendo a sua condição de pessoas sem fins lucrativos que prosseguem fins sociais de relevo.

O cerne da questão reside, como dissemos, na interpretação que se fizer da norma da alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º RCP.

Em todo o caso, toda e qualquer norma deverá ser interpretada teleologicamente, considerando a finalidade da sua previsão, sob pena de ser desprovida de aplicação útil. No mesmo sentido vai a declaração de voto proferida no presente acórdão.

¹² Sobre o que deve considerar-se interesses especialmente conferidos pelos estatutos ou por lei, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 5/2013 proferido em 14-03-2013, publicado no DR, 1ª Série, n.º 95, de 17/05/2013, que uniformizou a jurisprudência no sentido de que “de acordo com as disposições articuladas das alíneas f) e h) do artigo 4º do Regulamento das Custas Processuais e do artigo 310º/3 do Regime do Contrato de Trabalho na Função Pública, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, os sindicatos, quando litigam em defesa colectiva dos direitos individuais dos seus associados, só estão isentos de custas se prestarem serviço jurídico gratuito ao trabalhador e se o rendimento ílquido deste não for superior a 200 UC.”

Importa, portanto, equacionar se uma interpretação puramente literal da norma em referência preenche o desiderato que referimos.

Creemos que a norma que concede isenção do pagamento de custas processuais nas ações em que a pessoa coletiva litigar, deve ser interpretada de modo a considerar não apenas aquelas que caibam diretamente (exclusiva e especialmente) no âmbito dos seus estatutos ou para defesa dos seus interesses, mas também as ações necessárias que, além delas, assegurem o cumprimento das referidas atribuições ou a defesa dos seus interesses.

A nosso ver, serão instrumentais à realização dos fins estatutários ou à concretização dos interesses da pessoa coletiva todos os meios que auxiliam na sua concretização.

Aqui chegados, importa refletir nas características da aludida instrumentalidade a considerar como critério necessário a uma aplicação útil da norma referente à isenção.

Reportando-nos ao caso dos autos, um contrato de trabalho celebrado pela pessoa coletiva com uma professora para lecionar aulas que concretizam os fins estatutários estabelecidos tem de ser encarado como um meio para concretizar o objeto da pessoa coletiva.

Nessa medida, a celebração de contratos de trabalho com professores ou com auxiliares de educação parece-nos um meio essencial, para que se possam concretizar os fins desta pessoa coletiva, daí decorrendo a natureza instrumental face aos fins por ela prosseguidos.

Questão diferente poderá ser a de saber se podemos considerar para aqueles fins abrangidos na natureza instrumental do contrato de trabalho, os casos em que se discutam judicialmente aspetos atinentes à sua execução, aos direitos e deveres das partes e aos aspetos relativos ao cumprimento da relação jurídica laboral.

Creemos que a resposta tem de ser positiva, pois de outra forma de pouco adiantaria considerar natureza instrumental do contrato de trabalho para a prossecução dos fins estatutários se a pessoa coletiva não beneficiasse da isenção no pagamento de custas em eventuais litígios judiciais em que aspetos relativos a esses contratos se discutissem ¹³.

Em conclusão, tendemos a considerar que na interpretação da norma que atribui a isenção às pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos tem de se abranger não só as ações que caibam nas suas atribuições ou na defesa dos seus interesses, mas também todas aquelas em que estejam no centro da lide questões relativas

¹³ Discordamos por isso da posição constante do Acórdão da Relação do Porto de 21 de Janeiro de 2013, disponível em www.dgsi.pt, onde se considerou que numa ação entre trabalhador e uma IPSS, com recurso idêntico ao dos presentes autos, “esta isenção não abrange as ações que tenham por objecto obrigações ou litígios derivados de contratos que essas pessoas celebrem com vista a obter meios para o exercício das suas atribuições.”

a meios ou instrumentos que permitam a concretização das atribuições ou dos respetivos interesses. Julgamos ser o contrato de trabalho um dos meios que permite concretizar as atribuições estatutárias da pessoa coletiva, e que como tal tem natureza instrumental em relação aqueles objetivos.

Julgamos que, assim, a previsão da alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do RCP apresenta interesse, permitindo a aplicação prática efetiva por corresponder às necessidades reais destas pessoas coletivas.

O DIREITO AO REEMBOLSO DE TÍTULOS DE
INVESTIMENTO DO COOPERADOR EXCLUÍDO.
ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 26
DE OUTUBRO DE 2017 (PROC. N.º 580-14.3TVL.SB.L2-8)

*THE EXCLUDED COOPERATOR'S RIGHT TO
REIMBURSEMENT OF INVESTMENT SECURITIES.
COMMENTARY TO THE DECISION OF THE
COURT OF APPEAL OF LISBON OF 26th OCTOBER
2017 (PROC. N.º 580-14.3TVL.SB.L2-8)*

ANA AMORIM* E TIAGO PIMENTA FERNANDES**

* Doutora em Direito. Professora Auxiliar na Universidade Portucalense, Infante D. Henrique, Rua Dr. António Bernardino de Almeida, n.º 541/619, 4200-072 Porto. Endereço de correio eletrónico: aamorim@upt.pt.

** Advogado; Doutor em Direito; Professor Adjunto Convidado do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (ISCAP), Rua Jaime Lopes Amorim, s/n, 4465-004 S. Mamede de Infesta. Professor Auxiliar na Universidade Portucalense, Infante D. Henrique, Rua Dr. António Bernardino de Almeida, n.º 541/619, 4200-072 Porto. Endereço de correio eletrónico: tvmf@iscap.ipp.pt.

FACTUALIDADE RELEVANTE

Um membro de uma cooperativa instaurou ação de condenação contra esta última, exigindo-lhe a restituição dos títulos de capital realizados segundo o seu valor nominal, a quota parte dos excedentes e reservas não obrigatórias repartíveis na proporção da sua participação e ainda os respetivos títulos de participação, em montante não inferior a € 62.93,89, acrescido de juros de mora. Para o efeito, alegou o autor ser membro da cooperativa desde fevereiro de 1996, e que nessa qualidade teria realizado vários títulos de capital, bem como feito diversas entregas em dinheiro à cooperativa destinadas à realização de títulos de investimento obrigatório. Por via da ação por si instaurada, o autor reclamava a restituição das referidas entregas, na sequência da sua exclusão da cooperativa, a qual veio a ser deliberada pela ré a 18 de dezembro de 1998. Na sua contestação, a ré cooperativa admitiu as quantias reclamadas pelo autor como tendo-lhe sido entregues, impugnando, porém, a existência um direito à sua restituição dos títulos de investimento por este subscritos.

Após a tramitação dos autos, veio a ser proferida sentença que julgou a ação parcialmente procedente e, conseqüentemente, condenou a ré a restituir ao autor a quantia que se visse a liquidar, correspondente à redução do valor de € 27.452,34 na proporção das perdas acusadas no balanço do exercício ré, acrescida de juros à taxa legal.

Inconformada com o assim decidido pela primeira instância, a ré interpôs recurso, impugnando a decisão proferida tanto ao nível da matéria de facto como de direito. Com especial relevância para o nosso estudo, no âmbito da matéria de direito, a ré instou o Tribunal da Relação de Lisboa para que este analisasse a medida e o alcance do “direito de restituição do cooperador excluído” nestes casos, ou seja, como se configuram e que natureza assumem os pressupostos que regulam esse direito à restituição no caso dos títulos de investimento.

O direito de reembolso destes títulos ao cooperador excluído, que havia já sido definido como tema de prova em primeira instância, surge, assim, como um dos principais pontos de reflexão da decisão em apreço, e que mereceu por isso a nossa atenção (sobre o direito ao reembolso do cooperador excluído, v. RODRIGO VIGUERA REVUELTA, *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015., pp. 115 e ss.). Por outro lado, a Relação de Lisboa questionou-se ainda sobre a possibilidade, aliás prevista nos estatutos da ré, de a cooperativa lançar mão de um direito de retenção sobre os valores a restituir, na medida em que se afigurem necessários para garantir a responsabilidade dos cooperadores excluídos.

1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Uma das questões que se revelou determinante para o sentido da primeira parte da decisão que veio a ser tomada, e que curiosamente dividiu ambas as instâncias que sobre ela se pronunciaram, foi o da determinação do regime jurídico aplicável ao caso.

Com efeito, o tribunal de primeira instância, seguindo aliás a tese vertida pelo autor no petitório, havia qualificado as entregas em dinheiro feitas pelo autor à cooperativa de seguindo a dicotomia “títulos de capital/títulos de participação”, acabando por sufragar a aplicação aos ditos títulos de investimento do art. 24.º, n.º 1 do DL 502/99, de 19 de novembro (regime jurídico das cooperativas do ramo de habitação e construção), segundo o qual, em caso de demissão ou exclusão, o cooperador terá direito ao reembolso previsto nos n.º 3 e 4 do art. 36.º do Código Cooperativo de 1996¹, normas que correspondem aos n.º 1 e 2 do atual art. 89.º do novo Código Cooperativo². Ignorou, porém, a sentença recorrida, tal como o salienta (e bem) o Acórdão sob análise, que a categoria de “títulos de participação” não existia na ré, não estando sequer prevista nos seus estatutos nem no Código Cooperativo, “sendo antes privativa ou exclusiva das cooperativas que praticam o regime da propriedade coletiva dos fogos, conforme o citado DL n.º 502/99, e, dentro destas, apenas aquelas em que os fogos são cedidos aos cooperadores na modalidade de ‘atribuição do direito de habitação’ (art. 18.º do mesmo diploma)”, o que não era o caso da cooperativa. Efetivamente, a cooperativa em causa integrava o regime da propriedade individual dos fogos, sendo-lhe consequentemente aplicável não os arts 20.º e 24.º do aludido DL 502/99, como se disse, mas antes o n.º 1 do citado diploma, segundo o qual “as cooperativas de habitação e construção e as suas organizações de grau superior regem-se pelas disposições do presente diploma e, nas suas omissões, pelo Código Cooperativo”. Ora, compulsado este último diploma, constatamos que o mesmo alude à distinção entre títulos de capital, títulos de investimento e obrigações, pelo que sempre haveria de enquadrar a factualidade em causa à luz destas figuras, como o fez o Acórdão sob análise.

¹ Preceituavam as referidas normas que «ao cooperador que se demitir será restituído, no prazo estabelecido pelos estatutos, ou, supletivamente, no prazo máximo de um ano, o montante dos títulos de capital realizados segundo o seu valor nominal» (n.º 1), e ainda que «o valor nominal referido no número anterior será acrescido dos juros a que tiver direito relativamente ao último exercício social, da quota-parte dos excedentes e reservas não obrigatórias repartíveis, na proporção das sua participação, ou reduzido, se for caso disso, na proporção das perdas acusadas no balanço do exercício no decurso do qual surgiu o direito ao reembolso» (n.º 2).

² Com efeito, no CCoop de 2015, o direito ao reembolso dos títulos de capital passou a ser objeto de uma norma autónoma, art. 89.º, cujos n.º 1 e 2 reproduzem na íntegra o texto dos n.ºs 3 e 4 do art. 36.º do CCoop de 1996, a que já nos referimos na nota anterior.

2 O REEMBOLSO DE TÍTULOS DE INVESTIMENTO AO SÓCIO EXCLUÍDO

Uma vez definido o quadro legal aplicável, o reembolso dos títulos de capital subscritos pelo autor em caso de exclusão deste não suscitou grandes dúvidas, uma que o mesmo é admitido pelo legislador por via do artigo 37.º, n.º 9 do CCoop, que manda aplicar a esse respeito o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo anterior (36.º), que correspondem aos n.ºs 1 e 2 do art. 89.º do atual CCoop, conforme acima referenciado.

A respeito dos títulos de investimento obrigatório igualmente subscritos pelo autor com vista à sua utilização em vista da aquisição de terreno em que o seu fogo fora construído, a questão revelou-se mais delicada (sobre o regime dos títulos de investimento no âmbito do direito cooperativo, v., por todos, DEOLINDA MEIRA, *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português: O Capital Social*, Porto, Vida Económica, 2009, pp. 116 e ss.).

Com efeito, e como bem salienta a decisão sob análise, «em lado algum se estabelece para o reembolso dos títulos de investimento um regime paralelo ao do artigo 24.º do DL 502/99». A matéria de reembolso dos títulos de investimento será, em regra, definida nas condições fixadas pela assembleia-geral aquando da sua emissão (v. RUI NAMORADO, *Cooperativismo e Direito Cooperativo*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 225, nota 311), sendo que, na falta dessa regulação (como era aqui o caso), prevalecerá o regime jurídico legalmente previsto. Sucede que a possibilidade desse reembolso apenas foi prevista pelo nosso legislador para os títulos de investimento de remuneração mista (leia-se, que conferem ao cooperador o direito a uma remuneração anual, compreendendo uma parte fixa, e uma parte variável, nos termos do no art. 91.º, n.º 2, al. a) do CCoop), os quais só poderão ser reembolsados no momento da liquidação e depois de satisfeitos os restantes credores (o que não era o caso) ou, se assim for decidido pela cooperativa, decorridos que sejam cinco anos sobre a sua realização, nas condições definidas (e se o forem) aquando da sua emissão (n.º 4 da norma citada).

In casu, resulta da matéria dada como provada que a assembleia-geral não se pronunciou sobre esta questão, limitando-se inclusivamente a cooperativa ré nos seus estatutos a traçar a distinção entre títulos de capital e títulos de investimento, não fixando quaisquer condições para o eventual reembolso destes últimos. Vale o mesmo por dizer que tais títulos não seriam, assim, reembolsáveis ao cooperador excluído, pelo que bem andou o Acórdão recorrido a decidir nesse sentido, revogando parcialmente sentença recorrida quanto a essa parte.

3 O DIREITO DE RETENÇÃO DA COOPERATIVA

Os estatutos da ré previam igualmente a possibilidade de a cooperativa exercer o direito de retenção sobre o valor dos títulos de capital a restituir, como garantia da responsabilidade dos membros excluídos. Ora, em conformidade com o que resultou também da decisão da primeira instância, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que tal direito não existia no caso em apreço, por não se encontrarem preenchidos os pressupostos consagrados no art. 754.º do Código Civil, nos termos do qual “o devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados”.

Resulta desta norma que um dos pressupostos do direito de retenção é a titularidade de um crédito sobre a outra parte, que deve ser exigível, ainda que não necessariamente líquido (por todos, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6.º edição, Coimbra, Almedina, 2017, p. 445). A titularidade de um crédito sobre a outra parte subsiste, aliás, como pressuposto do direito de retenção nos casos especiais enunciados no art. 755.º do Código Civil. Ou seja, este direito real de garantia justifica-se sempre face ao não cumprimento de uma obrigação conexa com a coisa detida pelo devedor da restituição. Neste sentido, a cooperativa apenas poderia invocar o direito de retenção dos títulos de capital uma vez reconhecida a responsabilidade do membro pelo desfalque que determinou a sua exclusão.

A existência de um direito de retenção da cooperativa foi, assim, recusada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, não obstante o que resultava dos seus estatutos. Na verdade, e ainda que a ré tenha invocado o princípio da liberdade contratual previsto no art. 405.º do Código Civil para justificar a aplicabilidade dos seus estatutos em detrimento dos pressupostos do direito de retenção legalmente previstos, não vemos que possa reconhecer-se a existência de uma garantia real face à ausência de um crédito sobre a outra parte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, consideramos adequada a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, que julgou parcialmente procedente o recurso, tanto no que respeita ao não reembolso dos títulos de investimento ao cooperador excluído, como relativamente à inexistência de um direito de retenção sobre o valor dos títulos de capital a restituir.

BIBLIOGRAFIA

- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direitos Reais*, 6.º edição, Coimbra, Almedina, 2017.
MEIRA, DEOLINDA, *O Regime Económico das Cooperativas no Direito Português: O Capital Social*, Porto, Vida Económica, 2009.

NAMORADO, RUI, *Cooperativismo e Direito Cooperativo*, Coimbra, Almedina, 2000.

VIGUERA REVUELTA, RODRIGO – *El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 201-212
ISSN: 1130-2682

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL
ADMINISTRATIVO SUL, PROFERIDO EM 12 DE
DEZEMBRO DE 2017. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
SUBSIDIÁRIA DE DIRIGENTES DE ASSOCIAÇÕES

*ANNOTATION TO THE DECISION OF THE TRIBUNAL CENTRAL
ADMINISTRATIVO SUL, OF 12th DECEMBER 2017. SUBSIDIARY
TAX RESPONSIBILITY OF ASSOCIATION DIRECTORS*

NUNO ALONSO PAIXÃO*

* Assistente Convidado da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Advogado. Endereço de correo electrónico: n.paixao@sapo.pt.

1 O CASO *SUB JUDICE* E A DECISÃO DO TRIBUNAL

O acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul objecto de comentário dirime um litígio que opunha a Fazenda Pública, na qualidade de exequente, ao presidente da direcção de uma associação desportiva, enquanto executado subsidiário (revertido), no âmbito de um processo de execução fiscal movido por aquela, inicialmente, contra a associação originariamente devedora e, posteriormente, revertido contra o seu director, para cobrança coerciva de dívidas provenientes de imposto sobre o valor acrescentado (adiante, abreviadamente, designado “IVA”), e respectivos juros compensatórios.

Inconformado com a reversão contra si ordenada do processo de execução fiscal, o (alegado) responsável subsidiário contra quem a execução foi revertida deduziu a pertinente oposição, a qual foi julgada procedente pelo tribunal tributário de primeira instância competente para conhecer da causa – *in casu*, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Castelo Branco¹ –, absolvendo-o da execução. Desta sentença absolutória da primeira instância interpôs a Fazenda Pública recurso jurisdicional, pugnando pela condenação do exequente subsidiário na quantia exequenda. Foi esse recurso que veio a ser apreciado e decidido pelo Tribunal Central Administrativo Sul, no acórdão agora *sub iudice*. Não foram apresentadas contra-alegações pelo recorrido.

Nos termos do recurso apresentado pela Fazenda Pública, constitui objecto deste recurso jurisdicional a responsabilidade subsidiária do oponente/requerido, por reversão da execução fiscal, pelas dívidas de IVA (e respectivos juros compensatórios), cujos factos geradores ocorreram entre 1 de Abril de 1998 e 31 de Dezembro de 2000, mas em que o prazo de pagamento voluntário terminou em 31 de Janeiro de 2002, uma vez que aquele foi presidente da associação originariamente devedora no biénio 2002/2004. A sua responsabilidade alicerçar-se-ia, então, no disposto na al. *a*) do n.º 1 do art. 24.º da Lei Geral Tributária (adiante, abreviadamente, designada “LGT”), mas poderia também ancorar-se no preceituado na al. *b*) desse mesmo n.º 1 do art. 24.º LGT. Foi, porém, também invocada a responsabilidade solidária dos membros dos órgãos directivos da associação pelo pagamento das dívidas tributaria, por força do disposto no art. 512.º do Código Civil (adiante, abreviadamente, designado “CC”).

Da matéria de facto dada como provada em primeira instância (escassa, diga-se, em elementos factuais que não resultem de documentos emitidos pela própria Autoridade Tributária [adiante, abreviadamente, designada “AT”]), no seio do pro-

¹ Cfr. art. 151.º, 1 do Código de Procedimento e de Processo Tributário (adiante, abreviadamente, designado “CPPT”).

cesso de execução fiscal) resulta uma breve descrição da tramitação processual da execução até à dedução de oposição à execução. Assim, a 15 de Outubro de 1998 foi instaurado processo de execução fiscal, para cobrança coerciva de dívidas com proveniência em IVA, contra uma associação desportiva, no valor de € 82.589,36. Mais de dez anos volvidos da instauração do processo executivo (sem que se perceba muito bem que diligências foram entretanto efectuadas no processo durante tantos anos), a 26 de Agosto de 2009 foi proferido despacho para audiência prévia em reversão contra o oponente, na qualidade de responsável subsidiário, para a cobrança coerciva do valor total de € 90.961,73, vindo o oponente a ser ouvido em sede de audiência prévia, poucos dias depois. A 8 de Junho de 2010 foi emitido ofício de citação do oponente para a reversão do processo de execução fiscal. Nos termos do art. 662.º, 1 do Código de Processo Civil, o Tribunal Central Administrativo Sul decidiu aditar, à factualidade provada, dois factos com interesse para a causa: *i*) o recorrido foi dirigente da Associação desportiva entre 30 de Setembro de 2002 e 30 de Setembro 2004; *ii*) as dívidas exequendas são referentes ao IVA, cujos factos tributários ocorreram entre 1 de Abril de 1998 e 31 de Dezembro de 2000, tendo como data limite de pagamento voluntário 31 de Janeiro de 2002.

No que respeita à fundamentação jurídica – e aqui divergindo da fundamentação utilizada pela primeira instância, apesar de confirmar o sentido da sentença recorrida² –, o Tribunal Central Administrativo Sul considerou ser inadmissível estabelecer, *in casu*, a responsabilidade subsidiária, por reversão da execução fiscal, do oponente/recorrido, porquanto se verificou uma sucessão de regimes legais no tempo em matéria de responsabilidade subsidiária de directores de associações com influência no caso.

Com efeito, só em 1 de Janeiro de 2001, com a entrada em vigor da redacção dada ao art. 24.º LGT pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, passou a ser possível responsabilizar subsidiariamente, com base neste preceito legal, os directores de associações. Acontece que as dívidas fiscais exequendas tinham sido constituídas entre 1 de Abril de 1998 e 31 de Dezembro de 2000, ou seja, antes da entrada em vigor da (nova) redacção do preceito legal com base no qual se pretendia afirmar a responsabilidade do revertido.

² Que assentava, essencialmente, no facto de a AT imputar responsabilidade ao (suposto) responsável subsidiário, nos termos dos arts. 23.º e 24.º da Lei Geral Tributária, por dívidas constituídas pela associação num período em que não se prova ter o oponente exercido quaisquer funções directivas na devedora originária. Considerou ainda a primeira instância, que, não obstante a inexistência de prova da contemporaneidade do exercício das funções directivas do oponente com a constituição e pagamento das dívidas em causa, a AT não logrou também fazer da culpa do oponente pelas dívidas que houvessem sido constituídas durante o período em que exerceu funções directivas, visto que a al. *a*) do n.º 1 do art. 24.º LGT impunha a produção dessa prova ao credor fiscal (por ter sido esse o fundamento legal de responsabilização do executado invocado pela AT).

Constituindo as disposições legais acerca das condições de efectivação da responsabilidade subsidiária e do ónus da prova dos factos que lhe servem de suporte normas materiais substantivas – visto da sua aplicação resultarem efeitos materiais na esfera jurídica dos revertidos –, entende, e bem, o Tribunal que o regime da efectivação da responsabilidade subsidiária deve ter por referência o quadro legal vigente à data da ocorrência do facto tributário gerador de responsabilidade.

Destarte, tendo os factos geradores ocorrido antes de 1 de Janeiro de 2001, tal facto impediria a responsabilização do oponente/recorrido pelas dívidas fiscais exequendas.

Por outro lado, o Tribunal rejeita liminarmente a pretensão da recorrente, Fazenda Pública, de considerar a responsabilidade do oponente como uma responsabilidade solidária (e não subsidiária), assente no disposto no art. 512.º CC, por falta de norma legal habilitante, o que resultaria numa, inaceitável, desconsideração da personalidade jurídica colectiva da devedora originária.

2 A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA DOS MEMBROS DOS CORPOS SOCIAIS E RESPONSÁVEIS TÉCNICOS

2.1. Breve enquadramento do regime da responsabilidade tributária subsidiária

Normalmente, é, em primeira instância, responsável pelo cumprimento das dívidas tributárias o seu devedor originário³ (*rectius*, o sujeito passivo originário). Por devedor originário deve entender-se a pessoa em relação à qual o credor fiscal poderá exigir, em primeira linha, a satisfação do crédito de imposto. Neste sentido, o devedor originário será, em princípio, o contribuinte (*i.e.*, a pessoa – singular e colectiva – relativamente à qual se verifica o facto tributário, o pressuposto de facto ou o facto gerador do imposto)⁴. Trata-se, nestes casos, de uma responsabilidade por dívidas tributárias (*maxime*, fiscais⁵) próprias.

No entanto, o termo “responsabilidade tributária” surge, geralmente, associado à responsabilidade de terceiros, *i.e.*, responsabilidade por dívidas tributárias alheias. Esta responsabilidade pode, por ser turno, ser solidária ou subsidiária, consoante a posição e os termos em que os terceiros respondam face ao credor pela dívida tributária alheia.

³ Podendo haver um só ou uma pluralidade de devedores originários.

⁴ Costuma também definir-se contribuinte como titular da manifestação da capacidade contributiva que a lei tem em vista atingir e que deve suportar a ablação, o encargo ou desfalque financeiro/patrimonial que o imposto acarreta

⁵ Alguns autores e a jurisprudência (p. ex., Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 06-02-2002, proc. n.º 025037) consideram que a responsabilidade tributária subsidiária apenas abrange dívidas de impostos e de contribuições à segurança social.

De acordo com o disposto nos arts. 22.º, 4 e 23.º LGT e dos arts. 159.º e 160.º CPPT, a responsabilidade tributária é, via de regra, de natureza subsidiária em relação ao devedor originário e principal; podendo, no entanto, ser subsidiária ou solidária na relação entre os diversos responsáveis tributários, no caso de haver pluralidade de responsáveis tributários.

Segundo o disposto no art. 22.º, 1 LGT, a responsabilidade tributária abrange a totalidade da dívida tributária, os juros e dos demais encargos legais.

A responsabilidade tributária é, assim, uma figura da relação jurídico-tributária que permite que um terceiro, dito responsável tributário, seja chamado ao cumprimento da dívida de imposto, quando o devedor originário não paga o imposto ou quando, pelo seu comportamento, tenha seriamente comprometido a possibilidade de cobrança desse mesmo imposto.

A responsabilidade tributária subsidiária efectiva-se, sempre, por meio um mecanismo de reversão do processo de execução fiscal, vulgarmente designado *reversão da execução fiscal* (cfr. art. 23.º, 1 LGT e arts. 159.º e 160.º CPPT). Este mecanismo de reversão fiscal opera, uma modificação subjectiva na instância, no processo: por meio da reversão, a execução fiscal que corria, inicialmente, contra o devedor originário e principal (ou contra os devedores com ele solidários) passa a correr contra o devedor subsidiário, ocupando este o lugar daquele(s) nessa execução.

Mas para que se possa efectivamente responsabilizar um “responsável subsidiário” será necessário excutir (previamente) o património do devedor principal (e dos devedores com ele solidários), provando a fundada falta ou insuficiência do património do devedor principal (e de devedores solidários, se os houver) para solver à totalidade da dívida tributária; caso ou enquanto tal excussão não tenha acontecido, o devedor subsidiário pode recusar o cumprimento da dívida tributária – cfr. art. 23.º, 2 LGT e art. 638.º CC, por analogia. É essa, de resto, a razão pela qual a sua responsabilidade é subsidiária.

Sem prejuízo do benefício da excussão prévia concedido ao devedor subsidiário, a decisão de reversão da execução fiscal que contra o devedor subsidiário seja determinada tem que ser *fundamentada* pela AT, assentando esses motivos na, fundada, falta ou insuficiência de bens penhoráveis do devedor principal e dos responsáveis com ele solidários pelo cumprimento da dívida tributária, se os houver (cfr. art. 23.º, 2 LGT), bem como nos pressupostos de facto e de direito em que se funda a responsabilidade do devedor subsidiário (cfr. art. 24.º, 1 LGT).

Por essa razão, a decisão de decretamento da reversão da execução fiscal (mesmo nos casos em exista presunção legal de culpa contra o devedor subsidiário) tem que ser sempre fundamentada quanto aos pressupostos e à sua extensão; fundamentação essa deve constar logo da citação para a reversão do processo de execução fiscal. Além disso, o decretamento da reversão tem que ser sempre

precedido da audição do responsável subsidiário (audição prévia do responsável subsidiário para sua defesa). Estas obrigações, resultantes do art. 23.º, 4 LGT, constituem, simultaneamente, garantias do responsável subsidiário.

A responsabilidade tributária funda-se, pois, numa especial relação que é estabelecida entre o devedor originário e um terceiro, a quem é exigido o cumprimento da obrigação tributária, sem que, relativamente a ele, se encontrem preenchidos os pressupostos do facto tributário que originou a dívida fiscal⁶.

2.2. O regime jurídico da responsabilidade dos membros do órgão directivos de pessoas colectivas – breve caracterização

É neste contexto que a lei prevê e regula, no art. 24.º LGT, um regime substantivo sobre a responsabilidade dos membros dos corpos sociais e responsáveis técnicos em pessoas colectivas ou entes fiscalmente equiparados. A responsabilidade dos membros dos órgãos directivos de pessoas colectivas, no que aqui nos interessa, alicerçar-se-á, portanto, na especial relação orgânica funcional que se estabelece entre a pessoa colectiva e os membros do seu órgão director ou administrador, assente no exercício de poderes de administração e representação que lhes são conferidos, para o exercício das suas funções. Trata-se de uma responsabilidade pessoal, e subsidiária, dos directores e administradores, sejam eles pessoas humanas ou pessoas colectivas, e de uma responsabilidade subjectiva, isto é, dependente de culpa.

O regime da responsabilidade tributária de administradores, gestores, directores e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados pode conhecer aplicação em duas situações de responsabilidade reguladas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 24.º LGT. Assim estes sujeitos poderão ser subsidiariamente responsáveis:

- a)* pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento voluntário ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação; e/ou
- b)* pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento.

Estas situações colocam importantes questões de responsabilização relativas à *culpa* destes agentes e à distribuição do ónus da prova (cfr. art. 74.º LGT). Na

⁶ Cfr. PIRES, JOSÉ MARIA FERNANDES (coord.), *Lei Geral Tributária comentada e anotada*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 213.

situação prevista na al. a), o ónus da prova da culpa dos directores, gerentes ou administradores cabe à AT, nos termos gerais; enquanto na situação contemplada na al. b), verifica-se uma inversão do ónus da prova (pois existe aí uma presunção de culpa, ilidível/afastável pelos visados [cfr. art. 73.º LGT e art. 64.º CPPT]), nos termos da qual compete aos administradores, directores e gestores a prova de ausência de culpa sua (*i.e.*, prova de que não é culpa sua o não pagamento dos impostos devidos), não obstante o dever de fundamentação pela AT da decisão de reversão (cfr. art. 23.º, 4 LGT).

Para além disso, note-se que podem uns gerentes ser responsabilizados nos termos da al. a) e outros nos termos da al. b), consoante a hipótese que se lhes aplique.

Verificando-se, num dado caso concreto, a aplicação simultânea das duas normas (contidas nas als. a) e b)), por se encontrarem preenchidos os pressupostos de facto (e de direito) de ambas, entendemos que deve aplicar-se ao caso o disposto na al. b) do n.º 1 do art. 24.º LGT, não só por uma razão cronológica, mas também por uma relação de consumpção (esta hipótese “consume” a aplicação da hipótese prevista na al. a)).

O regime do art. 24.º LGT parece convocar, quanto aos seus pressupostos, o regime da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, regulada na lei civil, nos arts. 483.º, ss. CC⁷. Assim, para que esta forma especial de responsabilização opere é necessário que se verifique um facto voluntário (acção ou omissão) do agente, ilicitude (traduzida na violação da lei, particularmente decorrente da violação de deveres funcionais a que os membros da administração se encontrem vinculados [p. ex., art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais (adiante, abreviadamente, designado “CSC”), mas também de um dever geral de não abusar da personalidade colectiva, de um dever de conduta dos administradores, com função de protecção do credor Estado em face de outros credores⁸, etc.]), culpa (dolo ou mera culpa), dano e nexó de causalidade entre o facto e o dano. A prova de tais pressupostos caberá ao credor fiscal (cfr. art. 74.º LGT), com as especificidades quanto à distribuição do ónus da prova *supra* analisadas.

Para além destes pressupostos, e independentemente deles, tem sido amplamente discutida na doutrina e na jurisprudência a questão de saber se é necessário provar o efectivo exercício de funções de gestão ou administração ou se, pelo contrário, bastará a prova da existência do direito a exercer essas funções. O Supremo Tribunal Administrativo⁹ e, com ele, a jurisprudência maioritária, têm-se

⁷ Assim também Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte de 09-12-2004, proc. n.º 00028/04 e PIREs, JOSÉ MARIA FERNANDES (coord.), *cit.*, pp. 216 e 217.

⁸ Assim, SANCHES, J. L. SALDANHA, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª edic., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 272.

⁹ Designadamente no Ac. de 28-02-2007, proc. n.º 01132/06.

pronunciado no sentido de não existir, no ordenamento jurídico português, uma presunção legal de gerência de facto, que possa ser extraída da existência de uma gerência de direito. Neste sentido, o conceito decisivo seria o de gerência de facto (ou seja, o exercício efectivo da gestão/administração da pessoa colectiva). Assim, caberá à AT fazer prova da gerência de facto, ou seja, recai sobre a AT o ónus da prova da gerência de facto dos gerentes de direito (cfr. art. 74.º LGT). No entanto, admite-se a possibilidade de se criar uma presunção, judicial ou natural, nos termos do art. 351.º CC, presumindo-se, pelas regras da experiência, dos factos trazidos/carreados para o processo, que o gerente de direito é também gerente de facto. Estabelecida esta presunção pelo juiz, competirá, por seu lado, ao gerente/administrador de direito que não quiser ver provada a sua gerência de facto apresentar simples contraprova (não sendo necessária prova do contrário), de modo a tentar abalar ou pôr em dúvida a prova feita pela AT; se conseguir criar a dúvida sobre esses factos, a questão é decidida pelo Tribunal a seu favor, isto é, pela não verificação da gerência de facto (cfr. art. 346.º CC).

Esta responsabilidade dos membros dos órgão directivos das pessoas colectivas constitui uma forma especial de responsabilização por dívidas tributárias daqueles que, de facto, na prática, formam e manifestam a vontade da pessoa colectiva – representação orgânica –, sendo esta responsabilidade necessariamente subsidiária, porque o devedor principal não deixa de ser a própria pessoa colectiva, por força da personalização jurídica legalmente consagrada, de que aqueles são meros membros que, quando agem no exercício das suas funções, fazem com que seja a própria pessoa colectiva, em quanto centro autónomo de imputação de direitos e vinculações, a agir. Esta responsabilização visa, essencialmente, acautelar os fundamentais interesses públicos subjacentes ao pagamento de impostos e de contribuições para a segurança social, impondo uma espécie de regime pessoal sancionatório àqueles que, formando a vontade do ente colectivo, actuaram culposamente, a coberto do véu da personalidade colectiva e do liame de administração e representação, e com isso causaram danos ao erário público, socialmente inaceitáveis. Não se trata, porém, de uma “desconsideração da personalidade jurídica colectiva”, cujo objectivo é atacar pessoalmente sócios (ou associados) por danos causados em virtude do abuso do véu da personalidade colectiva (o que não ocorre nestes casos), especialmente quando se trate de sociedades comerciais de responsabilidade limitada.

2.3. A alteração da redacção do n.º 1 do art. 24.º LGT pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro

O texto originário da lei no art. 24.º, 1 LGT apenas previa a responsabilidade subsidiária de gerentes e administradores de sociedades, cooperativas e empresas públicas.

Assim estabelecia o proémio do n.º 1, na sua redacção originária: “[o]s administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração nas sociedades, cooperativas e empresas públicas são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si: [...]”.

A Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que alterou o n.º 1 do art. 24.º LGT, conferindo-lhe a redacção que actualmente tem, entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2001, “*aplicando-se aos períodos de tributação que se iniciem a partir dessa data*”, de acordo com o n.º 2 do seu art. 21.º. O legislador pretendeu, precisamente, com a alteração legislativa que introduziu, alargar esta forma especial de responsabilidade aos gerentes, administradores e directores de quaisquer pessoas colectivas (e até de entes não personalizados que lhes sejam equiparados), independentemente da sua natureza, dos seus fins e do tipo legal que assumam¹⁰. Esta alteração permitiu, portanto, alargar a responsabilidade tributária subsidiária, com base nesta norma, aos membros dos órgãos de direcção de outras pessoas colectivas, além das que constavam da redacção originária da lei, como é o caso das associações e das fundações, por exemplo.

Importa aqui ter presente que, à falta de definição específica do que se entende por “pessoa colectiva”, bem como de outras expressões que a lei fiscal emprega ou pressupõe e que são termos próprios de outros ramos de direito (particularmente ao caso, o direito civil e o direito comercial), essas expressões ou conceitos devem ser interpretados no mesmo sentido que têm nos ramos de direito de que são originários, salvo se outro sentido decorrer directamente da lei fiscal. Por conseguinte, (apesar de ambas serem pessoas colectivas) uma associação (cfr. art. 157.º CC) é diferente, quer quanto à natureza quer quanto aos fins, de uma sociedade comercial (cfr. art. 980.º CC e art. 1.º, 2 CSC), daí representar um tipo legal de pessoa colectiva diferente desta, não podendo, por isso, ser confundidas. Assim, se os gerentes e administradores de sociedades já eram visados na lei antiga, os directores de associações e de fundações só passaram a ser responsabilizados nos termos do art. 24.º LGT com a nova redacção que foi conferida ao seu n.º 1 por esta lei.

Um problema que poderia suscitar a alteração legislativa em causa prendia-se com a efectiva aplicação no tempo dessa alteração legislativa, nomeadamente a situações em curso à data da sua entrada em vigor.

Seguindo o princípio geral de aplicação da lei fiscal no tempo, previsto no n.º 1 do art. 12.º LGT, que é uma decorrência do fundamental princípio constitucional de proibição da retroactividade da lei fiscal (decantado do art. 103.º, 3 da Constituição da República Portuguesa), esta alteração legislativa apenas se poderia apli-

¹⁰ Para mais desenvolvimentos sobre os tipos de pessoas colectivas, cfr., entre outros, MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO DA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edic., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 269, ss..

car a “*factos posteriores à sua entrada em vigor*”. O que seria uma manifestação do velho princípio do *tempus regit actum*. Falta saber o que, para este efeitos, poderia ser considerado um facto posterior à sua entrada em vigor.

Ocorre que a lei, cautelosamente, estabeleceu, no seu art. 21.º, 2, *in fine*, uma norma especial (de direito transitório), definindo o âmbito temporal da sua efectiva aplicação. Dessa forma, em nossa opinião, dever-se-á considerar que as alterações introduzidas por esta lei apenas se aplicam a factos geradores de obrigação tributária ocorridos após a sua entrada em vigor.

Não fosse esta norma especial, a aplicação, entre outros, do disposto nas als. a) e b) do n.º 1 do art. 24.º LGT poderia suscitar maiores dúvidas, uma vez que as situações de responsabilidade aí contempladas englobam, respectivamente, as dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do cargo directivo ou cujo prazo legal de pagamento voluntário ou entrega tenha terminado depois deste, assim como as dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do cargo de direcção. Ou seja, a efectivação da responsabilidade dos directores não se encontra apenas conexas com o facto gerador da dívida tributária, mas também com os períodos legais de pagamento voluntário dessas dívidas.

Consideramos, por isso, que, não fosse a norma transitória estabelecida na própria lei quanto ao seu âmbito temporal de aplicação efectiva dispor que essa mesma lei só se aplicava a factos geradores de obrigação tributária ocorridos após a sua entrada em vigor, poder-se-ia, legitimamente, admitir a sua aplicação a situações como as do art. 24.º, 1 LGT, em que apesar de os factos geradores das dívidas tributárias serem anteriores à sua entrada em vigor, se o período de pagamento perdurasse no momento da entrada em vigor da lei nova, poderia haver responsabilização dos directores, com base nesta lei nova, porque esta dispunha para o futuro, abrangendo este pressuposto de responsabilidade. Sendo o facto de não pagamento da dívida durante aquele período um facto constitutivo da responsabilidade subsidiária (facto determinante da competência da lei), como era cometido ao abrigo da lei nova seria um facto novo, podendo, pois, ser por ela abrangido, porque essa lei estava em vigor no momento da prática do facto¹¹ (cfr. art. 12.º, 2, 1.ª parte CC, *mutatis mutandis*, atendendo ao carácter geral desta disposição, interpretação à qual não se oporia, pensamos, o princípio insito no art. 12.º, 1 LGT).

¹¹ Neste sentido, o facto gerador da obrigação tributária, que, no fundo, gerou a dívida em causa constituiria um mero “facto-pressuposto”, porque a determinação da competência da lei dar-se-ia com o não pagamento da dívida dentro do prazo de pagamento voluntário, que foi o facto constitutivo da responsabilidade. Sobre a doutrina do facto passado e a relação entre factos-“pressupostos” e factos determinantes da competência, vide MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 2006 (15.ª reimpressão), pp. 234, ss..

3 EM CONCLUSÃO

Pese embora acompanhemos o sentido do acórdão *sub iudice*, bem como parte da sua fundamentação, não podemos deixar de manifestar aqui a relevância das observações acabadas de referir no ponto anterior.

Assim, não sendo a associação desportiva uma sociedade, a responsabilização dos seus directores só poderá ser afirmada nos termos da lei nova (tendo em conta a produção de efeitos definida no art. 21.º, 2, *in fine*, da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro), em relação a factos geradores de obrigação tributária ocorridos após a sua entrada em vigor, o que não acontecia *in casu*, uma vez que a dívida fiscal exequenda reportava-se a dívidas fiscais constituídas entre 1 de Abril de 1998 e 31 de Dezembro de 2000, e a lei nova só entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2001. Contra este entendimento não depõe o facto de o prazo de pagamento voluntário só ter terminado em 31 de Janeiro de 2002, porque o que determinante na aplicação desta lei nova no tempo a situações em curso à data da sua entrada em vigor, nos termos transitóriamente definidos no art. 21.º, 2, *in fine*, não é o momento da prática do facto gerador de responsabilidade, mas o momento da ocorrência do facto gerador da obrigação tributária, cujo incumprimento gerou responsabilidade tributária, nos termos previstos na lei.

Independentemente disto, parece-nos manifesto que a responsabilização do oponente nunca poderia ser efectivada, porquanto quer as dívidas tributárias quer o prazo de pagamento voluntário eram anteriores ao início de funções directivas por parte deste. Com efeito, sendo as dívidas de IVA respeitantes ao período entre 1 de Abril de 1998 e 31 de Dezembro de 2000, o prazo de pagamento voluntário terminou em 31 de Janeiro de 2002, mas o oponente só iniciou funções directivas em 20 de Setembro de 2002 (ou seja, cerca de oito meses após o *terminus* do prazo), conforme resulta da factualidade provada. Tal significa que não se encontravam, relativamente a ele, preenchidos os pressupostos de aplicação do n.º 1 do art. 24.º LGT, pelo que nunca poderia ter sido responsabilizado por tais dívidas.

Por outro lado, como bem considerou o Tribunal no acórdão *sub iudice*, a responsabilidade dos directores e administradores nunca poderia ser solidária, pois a lei apenas prevê a sua responsabilidade subsidiária, dependente, portanto, da excussão do património do devedor principal e originário. Ademais, o regime civil da solidariedade, invocado pela recorrente, é excepcional, só existindo quando a lei (ou a vontade das partes, aqui irrelevante) o determine (cfr. art. 513.º CC), o que não acontece nestas circunstâncias.

Por fim, diga-se que a Fazenda Pública não fez, sequer, prova dos pressupostos fáctico-jurídicos que permitissem afirmar a responsabilidade subsidiária do oponente, designadamente, a direcção de facto e a culpa deste, como lhe cabia fazer.

A IMPENHORABILIDADE RELATIVA DE UM CRÉDITO AFETO
A FINS DE UTILIDADE PÚBLICA. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO
DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 22/02/2017

*RELATIVE IMMUNITY FROM SEIZURE FOR A CLAIM DESTINED
TO PURSUE PUBLIC GOALS. COMMENT ON THE DECISION
OF THE LISBON COURT OF APPEAL OF 22/02/2017*

MARIA JOSÉ CAPELO* E PAULA TÁVORA VÍTOR**

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Páteo da Universidade, 3004-545 Coimbra. Endereço de correio electrónico: mjcapelo@fd.uc.pt.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Páteo da Universidade, 3004-545 Coimbra. Endereço de correio electrónico: paulavit@fd.uc.pt.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/02/2017 (proc. n.º 26521/09.1TSNT-B.L1-4) debruça-se sobre o âmbito de uma penhora numa ação executiva movida contra uma Instituição Particular de Solidariedade Social, nomeadamente sobre os pressupostos de uma isenção da penhora fixada na lei processual. Esta é, aliás, a única questão sujeita a apreciação do tribunal *ad quem*, delimitada pelas alegações do exequente: saber se um crédito de que a executada é titular é abrangido pelo regime da *impenhorabilidade relativa*.

O n.º 1 do artigo 735.º prescreve que “estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda”. A penhora¹ pode recair sobre imóveis, móveis ou direitos, sendo que, tratando-se de um direito de crédito, o devedor é notificado de que o crédito fica à ordem do tribunal.

Contudo, à luz do Código de Processo Civil (CPC)², há bens do devedor que nunca podem ser penhorados (impenhorabilidade absoluta³), que apenas o podem ser em certas condições (impenhorabilidade relativa⁴) ou que são suscetíveis de penhora em parte (impenhorabilidade parcial⁵).

No caso em análise, o objeto de penhora (no montante de 13.063,50€) incide sobre um crédito que a executada (*Instituição Particular de Solidariedade Social* - IPSS) detém sobre o *Instituto da Segurança Social*, que corresponde ao pagamento das comparticipações deste Instituto para o funcionamento das valências de educação pré-escolar, nas modalidades de atividades educativas e atividades de apoio social.

Estaremos perante um crédito impenhorável? Em que termos opera esta isenção de penhora?

O Tribunal *a quo*, no despacho objeto de recurso, pronunciou-se no sentido de considerar este crédito impenhorável nos termos do n.º 1 do artigo 737.º do CPC. Nos termos desta disposição, estão isentos de penhora, salvo tratando-se de exe-

¹ Rui Pinto (*A Ação Executiva*, AAFDL, 2018, p. 460, itálico do Autor) assinala que “o ato da penhora tem por objeto toda e qualquer situação jurídica ativa disponível de natureza patrimonial, integrante da esfera jurídica do executado, cuja titularidade possa ser transmitida forçadamente nos termos da lei substantiva”.

² As partes podem estipular, por negócio jurídico, impenhorabilidades específicas de determinados bens (cfr. entre outros, artigos 602.º e 603.º do Código Civil).

³ Cfr. Artigo 736.º do CPC.

⁴ Cfr. Artigo 737.º do CPC.

⁵ Cfr. Artigo 738.º do CPC.

ção para pagamento de dívida com garantia real, os bens de pessoas coletivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afetados à realização de fins de utilidade pública. O exequente, inconformado, veio questionar precisamente o preenchimento dos requisitos que fundam o tratamento excecional deste crédito ao pôr em causa a caracterização da executada como “pessoa coletiva de utilidade pública”.

Ora, no caso, a particular configuração da executada é precisamente a pedra angular que permite a caracterização do crédito em causa. Mas o n.º 1 do artigo 737.º do CPC é mais exigente, uma vez que exige ainda a vinculação daquele crédito a uma função. Assim, a sujeição ao regime da impenhorabilidade relativa dependerá: (1) da natureza jurídica da executada – tratar-se de “pessoa coletiva de utilidade pública”; (2) dos fins em concreto prosseguidos pela executada com o objeto deste crédito – o seu valor estar especialmente afetado “à realização de fins de utilidade pública”. Ou seja, a penhorabilidade do crédito está condicionada à verificação destes dois pressupostos.

2 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUTADA

A executada é uma Instituição Particular de Solidariedade Social (IPSS), constituída sob a forma de associação⁶, ao abrigo do Estatuto das IPSS (na redação dada pela Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho). Trata-se, portanto, de uma estrutura que integra o chamado terceiro setor (cf. artigo 82.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa - CRP), objeto de expresse acolhimento constitucional no n.º 5 do artigo 63.º da Lei Fundamental, que prevê que o Estado apoie e fiscalize a atividade e o funcionamento das IPSS “com vista à prossecução de objetivos de solidariedade social”, nomeadamente pela promoção de equipamentos de apoio à família, bem como de proteção da infância, da juventude, dos cidadãos com deficiência e da “terceira idade”⁷.

As IPSS são definidas no seu Estatuto como “as pessoas coletivas, sem finalidade lucrativa, constituídas exclusivamente por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao *dever moral de justiça e de solidariedade*, contribuindo para a *efetivação dos direitos sociais dos cidadãos*, desde que não sejam administradas pelo Estado ou por outro organismo público” e são regidas pelos *princípios orientadores da economia social* (art. 1.º, n.ºs 1 e 2 do Estatuto das IPSS).

⁶ Apesar das alterações legais ao estatuto, as formas jurídicas de IPSS continuam a sujeitar-se a um princípio de tipicidade (cfr. sobre este ponto, Licínio Lopes Martins, *As IPSS e a organização administrativa de segurança social*, in *Gestão de Organizações e Empreendedorismo na Economia Social*, Coord. de J. Augusto Felício, CAJIL, Lisboa, 2017, p. 408).

⁷ Sobre a referência constitucional e o novo estatuto das IPSS, ver Licínio Lopes Martins, *As IPSS e a organização administrativa de segurança social*, *cit.*, p. 405 ss.

Significa isto que as IPSS são “pessoas coletivas de utilidade pública”?

Segundo o Decreto-lei n.º 460/77, de 7/11, na versão do Decreto-lei n.º 391/2007, de 13/12, as associações que prossigam “fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a administração central ou a administração local”, desde que o façam em termos de merecer a declaração de utilidade pública (artigo 1.º), são passíveis de ser consideradas “pessoas coletivas de utilidade pública”. Em particular, a executada prossegue um dos fins previstos no artigo 2.º, n.º 1, al. a), daquele diploma – desenvolve, sem fins lucrativos, em favor da comunidade, uma intervenção na área da educação e da proteção de crianças – que a habilitaria a requerer a concessão da declaração de utilidade pública, da competência do Primeiro-Ministro (art.º 3.º do citado diploma). Ora, aquilo que exequente vem pôr em causa é, precisamente, o estatuto de pessoa coletiva da executada, nomeadamente desta declaração de utilidade pública, concedida nos termos mencionados.

Não foi este o entendimento do tribunal *ad quem*, que parte antes da caracterização da instituição em causa como IPSS. Nos termos do seu regime, graças ao registo obrigatoriamente efetuado nos termos da lei (artigo 7.º do Estatuto das IPSS), a IPSS em causa adquiriu *automaticamente* a natureza de pessoa coletiva de utilidade pública, nos termos do seu Estatuto (artigo 8.º)⁸. O registo assume aqui uma “função credenciadora” e a aquisição do referido estatuto dá-se *ope legis*⁹.

Ficou, assim, estabelecido o primeiro requisito para que o crédito da executada pudesse beneficiar do regime da impenhorabilidade relativa.

3 FINS PROSEGUIDOS PELA EXECUTADA

Importa, agora, debruçarmo-nos sobre a outra exigência do artigo 373.º, n.º 1 do CPC para que se encontre isento da penhora. Assim, tendo-se concluído pelo estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública da IPSS, caberia perguntar se o mencionado crédito estaria afetado “à realização de fins de utilidade pública”.

Esta questão obteria imediatamente resposta positiva se todos os bens das IPSS estivessem necessariamente sujeitos a esta afetação. Todavia, a lei admite, alargando assim a capacidade jurídica das IPSS¹⁰, que estas também prossigam fins secundários, com cariz não lucrativo, e atividades instrumentais relativamente

⁸ Fernando Licínio Lopes Martins, *As instituições particulares de solidariedade social*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 198 ss.

⁹ Cfr. Licínio Lopes Martins, *As IPSS e a organização administrativa de segurança social*, cit., p. 408 e 409

¹⁰ Cfr. Licínio Lopes Martins, *As IPSS e a organização administrativa de segurança social*, cit., p. 410.

a estes fins, desde que os resultados económicos contribuam exclusivamente para o financiamento da concretização daqueles fins e que podem inclusivamente prosseguir através de sociedades constituídas para o efeito¹¹. A estes fins secundários e atividades instrumentais não se aplica o estatuto das IPSS (artigo 1.º-B do Estatuto das IPSS)¹². Poderemos, portanto, neste âmbito, encontrar bens que não se encontrem afetos à prossecução de fins de utilidade pública. Estas não beneficiam de isenção de penhora.

Para efeitos de uma impenhorabilidade relativa, “o que releva não é o facto de o executado ser um ente público ou prestador de um qualquer serviço público, porque, se assim fosse, ninguém de bom senso negociaria ou concederia crédito a essas entidades”, mas sim interessa “a real afetação daquele bem em concreto e a impossibilidade da satisfação por outros meios das necessidades públicas a que o mesmo se destina”¹³

Com pertinência no caso, assinale-se o facto de as IPSS prosseguirem objetivos de solidariedade social, de promoção do bem-estar e qualidade de vida das pessoas, famílias e comunidades, em colaboração com o Estado, atuando em diversas áreas, nomeadamente naquelas de que se ocupa a executada: apoio à infância e juventude, apoio à família e educação (cf. artigo. 1.º-A, als. a), b) e h) do Estatuto das IPSS.

O acordo celebrado entre o Estado e as IPSS define os termos do relacionamento entre ambos (art.º 4.º-A do Estatuto das IPSS) e repercute-se na repartição de obrigações e responsabilidades, de objetivos e interesses comuns (Artigo 2.º Decreto-lei 120/2015, de 30/6) entre aquelas entidades.

Assim, é o acordo de cooperação¹⁴ que define as respostas sociais assumidas pela IPSS, por um lado, mas também a comparticipação financeira da segurança social (cf. art. 16.º da Portaria n.º 196-A/2015, de 1/7) para apoio ao funcionamento destas, por outro. Tal acordo regula as condições de participação da IPSS no Programa de Expansão e Desenvolvimento do ensino Pré-escolar¹⁵.

¹¹ Cfr. Licínio Lopes Martins, *As IPSS e a organização administrativa de segurança social*, cit., p. 410.

¹² Daí que seja necessário assegurar a separação do ponto de vista contabilístico, contabilístico e orçamental destas atividades (Cfr. Licínio Lopes Martins, *As IPSS e a organização administrativa de segurança social*, cit, p. 410).

¹³ Virgínio da Costa Ribeiro/Sérgio Rebelo, *A ação executiva anotada e comentada*, Almedina, 2015, p. 285.

¹⁴ O acordo de cooperação é enquadrado pela Lei n.º 5/97, de 10/2, pelo Decreto-lei n.º 147/97, de 11/7 e pelo Protocolo de Cooperação celebrado entre os Ministérios da Educação e da Solidariedade e a União de Instituições de Solidariedade Social.

¹⁵ Sobre o financiamento das IPSS, e particular na área da educação pré-escolar, particularmente a repartição do financiamento entre o Estado e as famílias beneficiárias. Cfr. Daniel Tabora/Pedro

4 A IMPENHORABILIDADE DO DIREITO DE CRÉDITO DA IPSS

A Executada coopera com o Estado na prestação de serviços de atendimento à criança, proporcionando-lhe atividades educativas e atividades de apoio à família e este compromete-se, através do Instituto da Segurança Social, a apoiá-la financeiramente. O crédito, a favor da IPSS, aqui Executada, visa o correto desempenho de atividades de natureza pública.

Poucas dúvidas subsistem, por conseguinte, quanto aos fins de utilidade pública assim prosseguidos e à afetação do crédito penhorado à realização destes fins. A educação pré-escolar é identificada como “primeira etapa da educação ao longo da vida” no âmbito da Lei quadro da Educação Pré-escolar (art. 2.º da Lei n.º 5/97, de 19/2, Lei Quadro da Educação Pré-escolar). Para além disso, o Tribunal da Relação de Lisboa, na sua decisão, vem invocar outro importante argumento neste sentido – a universalidade da educação pré-escolar, que resulta expressamente da Lei n.º 85/2009, de 27/8 (na redação dada pela Lei n.º 65/2015, de 3/7).

Em suma, o crédito titulado por uma Instituição Particular de Solidariedade Social, com o objetivo de subsidiar atividades educativas e de apoio social, está, como se assinala no Acórdão, “manifesta e especialmente afecto a fins de utilidade pública”, logo é impenhorável.

Oliveira, «A prestação de serviços de apoio à primeira infância pelas IPSS», *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. ISSN 1646-9127. A. 8, nº 2 (2015), p. 123-142

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE ÉVORA, DE 3 DE JULHO DE 2017. ISENÇÃO DE CUSTAS
DE PESSOA COLETIVA PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS
POR REQUERIMENTO DE ABERTURA DE INSTRUÇÃO

*NOTE TO THE DECISION OF THE COURT OF APPEAL
OF ÉVORA, OF 3RD OF JULY, 2017. EXEMPTION
FROM COSTS OF A NON-PROFIT ASSOCIATION DUE
TO THE OPENING OF CRIMINAL INSTRUCTION*

SUSANA AIRES DE SOUSA* e PEDRO SÁ MACHADO**

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pátio da Universidade, 3004-528, Coimbra. Correio eletrónico: susanaas@fd.uc.pt.

** Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela mesma Universidade, Bolseiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia. Correio eletrónico: dddpsm@gmail.com.

1 ENQUADRAMENTO

O acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 3 de julho de 2017 (disponível em *www.dgsi.pt*) pronuncia-se sobre o âmbito de aplicação da alínea *f*) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento de Custas Processuais (RCP), que isenta de custas as pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos, nele incluindo as Entidades de Gestão Coletiva de Direitos dos Produtores Fonográficos no que respeita ao requerimento de abertura da instrução por um crime relacionado com a suas atribuições. Estabelece aquela norma que:

“1 - Estão isentos de custas: ... f) As pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos, quando atuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições ou para defender os interesses que lhes estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto ou nos termos de legislação que lhes seja aplicável;”

No caso concreto, a associação de utilidade pública e entidade de gestão coletiva do direito de autor e direitos conexos denominada AUDIOGEST – ASSOCIAÇÃO PARA A GESTÃO E DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS, na qualidade de assistente, *requereu a abertura de instrução* como forma de reagir contra o despacho de arquivamento do Ministério Público que entendeu não existirem indícios suficientes para acusar o arguido pela prática do crime de *Usurpação* previsto no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).

Apresentado o requerimento para abertura da instrução, o tribunal considerou que sob a assistente impedia o dever de proceder ao pagamento da taxa de justiça (devida pela abertura da instrução), tal como está previsto no n.º 2 do art. 8.º do RCP. Em consequência, notificou a assistente para proceder à autoliquidação daquela taxa de justiça.

Por sua vez, a assistente AUDIOGEST, divergindo do entendimento do tribunal por considerar estar a atuar ao abrigo da *isenção de custas* prevista na alínea *f*) do n.º 1 do art. 4.º do RCP, não procedeu à autoliquidação daquela taxa de justiça.

Não tendo sido liquidada a taxa de justiça, seguiu-se um despacho de indeferimento do requerimento de abertura de instrução por parte daquele tribunal, decisão fundamentada na ideia de que a atuação da assistente, em processo penal, na “*defesa de direitos patrimoniais destinados a garantir aos seus associados a exploração económica das obras*”, se encontra fora do escopo daquela isenção de custas, apenas pensada para as entidades de gestão coletiva de direitos dos produtores fonográficos – como a AUDIOGEST – quando estão em causa ações relativas a

direitos de autor e direitos conexos que correm termos no Tribunal da Propriedade Intelectual.

Inconformada com o despacho de indeferimento, a assistente AUDIOGEST recorreu para o Tribunal da Relação de Évora, concluindo, em síntese, que não só tem atribuições para proceder à “*autorização, cobrança, gestão e distribuição de direitos autorais e conexos pelas várias formas de utilização de vídeos musicais e fonogramas editados comercialmente*”, como também para “*promover e apoiar o combate à contrafação e usurpação de fonogramas / videogramas*”, o que determina a defesa dos interesses patrimoniais dos seus associados e, conseqüentemente, a respetiva isenção subjetiva de custas.

Finalmente, o Tribunal da Relação de Évora, confrontado com o problema, decidiu no sentido de que a AUDIOGEST *beneficia da isenção de custas*, essencialmente por dois motivos: em primeiro lugar porque associação sem fins lucrativos e pessoa coletiva de utilidade pública, constituída e registada de acordo com a lei, a AUDIOGEST desenvolve atividades que favorecem os seus próprios associados e a sociedade em geral; e, em segundo lugar, porque a atuação na qualidade de assistente nos autos de processo penal, com vista à pronúncia do arguido pela autoria do crime de *Usurpação*, visa a prossecução de interesses subjacentes à incriminação de condutas lesivas do direito de autor, protegendo, assim, a propriedade intelectual e a liberdade de criação.

É objeto desta anotação questionar se, no caso concreto, a AUDIOGEST deve ou não beneficiar da isenção de custas prevista no art. 4.º, n.º 1, alínea f) do RCP.

2 NOTA PRELIMINAR SOBRE O ART. 4.º, N.º I, ALÍNEA f) DO RCP

A disposição legal que serve de base a esta discussão pode ser dividida em dois distintos segmentos. De acordo com o RCP, estão isentas de custas as pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos quando atuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições: (1) *para defender os interesses que lhe estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto*; ou, alternativamente, (2) *nos termos de legislação que lhes seja aplicável*.

Tal como esclarece SALVADOR DA COSTA, trata-se de uma isenção justificada pelo estímulo ao exercício de funções públicas por particulares que, sem espírito de lucro, realizam tarefas em benefício do bem comum, o que aproveita à comunidade e ao Estado incumbe facilitar (*As Custas Processuais. Análise e Comentário*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 104).

Considerando que a AUDIOGEST é efetivamente uma pessoa coletiva privada sem fins lucrativos – mais propriamente uma entidade de gestão coletiva com estatuto de utilidade pública –, colocam-se duas importantes questões:

i) A AUDIOGEST atuou para defender os interesses que lhe estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto?

ii) A AUDIOGEST atuou nos termos de legislação que lhe seja aplicável?

Ora, vejamos.

3 A AUDIOGEST ATUOU PARA DEFENDER OS INTERESSES QUE LHE ESTÃO ESPECIALMENTE CONFERIDOS PELO RESPETIVO ESTATUTO?

De acordo com os seus próprios estatutos, a AUDIOGEST tem por objeto “a cobrança, a gestão, incluindo a negociação e publicação de tarifários, e a distribuição dos direitos de autor e direitos conexos dos produtores musicais, fonográficos e videográficos, nacionais ou estrangeiros, sedeados ou não no território Português...”.

Como é de conhecimento público, a sua atuação é especialmente relevante na atribuição de licenças para a utilização de música gravada e vídeos musicais (licenciamento de direitos exclusivos) e na gestão dos direitos de remuneração ou compensação dos produtores (associados da AUDIOGEST) e artistas (cooperadores da “Gestão dos Direitos dos Artistas” (GDA)). Ou seja: uma atividade em prol dos direitos de autor e conexos dos produtores e artistas de música e vídeos musicais.

Essa mesma atuação traduz-se também na realização de acordos com entidades terceiras de fixação de tarifas de licenciamento dos direitos exclusivos e de exercício de direitos de remuneração ou compensação, bem como tarifários gerais que sejam contrapartida das licenças concedidas. É exemplo o “*Acordo Relativo à Remuneração Equitativa e Outras Matérias Relacionadas com o Licenciamento de Utilizações de Fonogramas e Vídeos Musicais em Centros Comerciais e outros Espaços Equiparados, celebrados entre a AUDIOGEST conjuntamente com a GDA e a APCC – Associação Portuguesa de Centros Comerciais*”. Nos termos dos seus Estatutos (art. 3.º, n.º 1) estas são as principais atribuições estatutárias da AUDIOGEST.

Por outro lado, tal como decorre daqueles estatutos, “... são ainda atribuições da associação: a) Promover e apoiar o combate à contrafação e usurpação de fonogramas e videogramas e incentivar a aquisição de obras e prestações originais...”. Estas, de outro modo, parecem ser atribuições estatutárias complementares (art. 3.º, n.º 2, dos estatutos).

Sendo assim, reiteramos a pergunta: ao requerer a abertura de instrução em processo penal, de forma a sindicar uma decisão relacionada com a prossecução ao crime de *Usurpação*, terá a AUDIOGEST atuado de forma a defender os interesses que lhe estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto?

À luz dos fins estatutários segundo os quais foi constituída, o combate à usurpação de fonogramas e videogramas não parece constituir a principal “razão de

ser” da associação AUDIOGEST. É antes a gestão dos direitos e a concessão de licenciamentos para a utilização de música gravada e vídeos musicais que lhe conferem identidade e que permitem distingui-la das demais pessoas coletivas (veja-se, a propósito, a argumentação presente no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10/09/2013, disponível em www.dgsi.pt). Nesta linha não pode afirmar-se que enquanto pessoa coletiva privada, sem fins lucrativos, a AUDIOGEST tenha sido especialmente e essencialmente constituída para promover e apoiar o combate à usurpação.

Não obstante, não pode deixar de se ter presente uma corrente jurisprudencial que na delimitação do âmbito de aplicação da alínea *f*) do n.º 1 do art. 4.º do RCP procura saber se o concreto ato da pessoa coletiva, suscetível de ser isento de custas, é uma “decorrência natural” do atuar da pessoa jurídica da perspetiva da prossecução das suas atribuições, isto é, se se trata de uma atividade necessária, numa relação de íntima conexão e em razão da instrumentalidade ou da indispensabilidade, à prossecução dos fins em vista dos quais foi erigida a pessoa coletiva (cfr., por exemplo, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 14/01/2014 e do Tribunal da Relação de Guimarães de 30/06/2016).

Se colocarmos as coisas nesses termos, teremos de admitir que o combate à usurpação de fonogramas e videogramas está, de facto, numa relação de instrumentalidade ou de íntima conexão com o próprio licenciamento para a utilização desses mesmos fonogramas e videogramas. Isto é, quem utiliza música gravada e vídeos musicais sem o licenciamento promovido pela AUDIOGEST poderá cometer o crime de *Usurpação*; logo, pelo menos nesse aspeto, há um interesse por parte da entidade emissora do licenciamento em combater o “não-licenciamento”. Portanto, a atuação da AUDIOGEST em processo penal, embora não tenha correspondência essencial com as suas principais atribuições estatutárias, está em estreita conexão com as mesmas, defendendo os interesses que lhe estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto. Neste sentido se pronunciou, de forma clara, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de janeiro de 2006, ao entender que a “Audiogest é uma associação de utilidade pública, com legitimidade para exercer, pelas vias administrativas e judiciais “o combate à contrafação e usurpação de fonogramas”, razão pela qual é admitida como assistente em processo penal.

4 A AUDIOGEST ATUOU NOS TERMOS DE LEGISLAÇÃO QUE LHE SEJA APLICÁVEL?

No que diz respeito à legislação aplicável, é importante atender ao disposto na Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos.

Nos termos deste diploma, a AUDIOGEST tem legitimidade para, em tribunal, exercer os direitos confiados à sua gestão (art. 9.º - “*legitimidade*”), tem o dever de agir no interesse dos titulares de direitos que representam (art. 27.º, n.º1., alínea *a*) - “*deveres gerais das entidades de gestão coletiva*”), assim como tem o dever de afetar uma percentagem do conjunto das receitas de direitos a ações de prevenção, identificação e cessação de infrações lesivas de direito de autor e direitos conexos (art. 29.º, n.º1, alínea *e*) - “*função social e cultural*”).

Considere-se ainda a mais recente alteração ao art. 9.º da Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, concretizada pelo Decreto-Lei n.º 100/2017, de 23 de agosto – posterior, portanto, à data do acórdão objeto de anotação –, com a atual e seguinte redação:

“As entidades de gestão coletiva exercem os direitos confiados à sua gestão e podem exigir o seu cumprimento por terceiros, inclusive perante a administração e em juízo, tendo ainda legitimidade para se constituírem como partes civis e assistentes e intervir em procedimentos administrativos e judiciais, civis e criminais em que estejam em causa violações do direito de autor e direitos conexos da categoria de titulares de direitos por si representados, desde que os estatutos assim o prevejam e o respetivo titular não se oponha”.

Por outro lado, não se pode ignorar a legislação aplicável aos interesses dos titulares dos direitos – produtores e artistas de música e vídeos musicais – que a AUDIOGEST representa, particularmente o Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, que aprovou o CDADC.

Tal como decorre do próprio código, o direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal (art. 9.º, n.º1 - “conteúdo do direito de autor”); no exercício dos direitos de carácter patrimonial o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente (art. 9.º, n.º2 - “conteúdo do direito de autor”); e, precisamente, a garantia das vantagens patrimoniais resultantes da exploração constitui, do ponto de vista económico, o objeto fundamental da proteção legal (art. 67.º, n.º 2 - “Fruição e utilização”).

O crime de *Usurpação* (art. 195.º) relaciona-se com os direitos afirmados nestas normas. Trata-se de um tipo de crime que protege direitos patrimoniais, direitos conexos, direitos morais e direitos transmitidos a outrem, no complexo de elementos que integram o direito de autor (sobre o bem jurídico protegido pelo crime de *Usurpação*, veja-se SILVA ALVES, V., *O Crime de Usurpação de Direitos de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Almedina, 2014; BRANCO, J., «DL 63/85», *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 248-252; para uma crítica acerca da descrição típica à

luz do princípio da legalidade, veja-se OLIVEIRA ASCENÇÃO, J., *Direito Penal de Autor*, Lisboa, Lex. Edições Jurídicas, 1993, pp. 27-30).

Nesta conjuntura, ao requerer a abertura de instrução em processo penal, de forma a sindicar uma decisão relacionada com a prossecução ao crime de *Usurpação*, terá a AUDIOGEST atuado nos termos de legislação que lhe seja aplicável?

Não parece haver dúvidas em relação a uma resposta em sentido positivo. Sobretudo devido ao *dever de agir em prol dos interesses dos produtores e artistas de música e vídeos musicais*, interesses esses que englobam, necessariamente, o conteúdo patrimonial e não patrimonial do direito de autor e dos direitos conexos. Pelo que, ao reagir a um despacho de arquivamento do Ministério Público que entendeu não existirem indícios suficientes da prática de um crime que põe em causa o complexo de direitos que integra o direito de autor, a AUDIOGEST terá atuado nos termos da legislação que lhe é aplicável.

5 BREVE NOTA CONCLUSIVA

A AUDIOGEST, enquanto associação de utilidade pública e entidade de gestão coletiva do direito de autor e direitos conexos, procurou agir em defesa dos interesses dos associados que representa, tendo, em processo penal, requerido abertura de instrução como forma de reagir ao arquivamento de um crime cujo bem jurídico abrange o complexo de direitos que integra o direito de autor: o problema estava em saber se com essa atuação beneficiava ou não da isenção de custas prevista no art. 4.º, n.º 1, alínea f) do RCP.

Para o preenchimento da disposição legal em causa, suscitaram-se algumas dúvidas no que diz respeito a uma atuação em defesa exclusiva dos interesses que estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto, uma vez que o combate à usurpação não é uma atribuição estatutária principal, mas antes uma atribuição complementar em estreita conexão com as mesmas. Todavia, não há quaisquer dúvidas que a AUDIOGEST terá atuado nos termos de legislação que lhe é aplicável, principalmente velando pelo dever de agir no interesse dos titulares de direitos que representa, o que determinará, afinal, uma isenção subjetiva de custas para o efeito pretendido.

DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADES PRINCIPAIS E
SECUNDÁRIAS E SUA RELEVÂNCIA EM SEDE DE
IMPOSTO PATRIMONIAL NAS ENTIDADES SEM FINS
LUCRATIVOS. COMENTÁRIO À SENTENÇA DO SUPREMO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, SEGUNDA SECÇÃO, DE
22 DE FEVEREIRO DE 2017, PROCESSO N.º 1658/15

*DIFFERENTIATION BETWEEN PRIMARY AND SECONDARY
ACTIVITIES BY NON-PROFIT ENTITIES AND ITS RELEVANCE IN
TERMS OF CAPITAL TAXES. COMMENTARY ON THE SENTENCE
OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT, SECOND
SECTION, OF FEBRUARY 22, 2017, PROCEDURE N.º 1658/15*

NINA AGUIAR*

⁰ Professora adjunta de Direito Fiscal e Direito Comercial no Instituto Politécnico de Bragança. Campus de Santa Apolónia, 5300-253, Bragança. Correio eletrónico: naguiar@ipb.pt

O presente comentário tem como objeto a sentença do Supremo Tribunal Administrativo, Segunda Secção, de 22 de fevereiro de 2017, proferida no processo de recurso 1658/15, interposto contra o acórdão do Tribunal Central Administrativo-Norte datado de 3 de Julho de 2015, no qual se concedeu provimento ao recurso deduzido, pela Autoridade Tributária e Aduaneira, da decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro datada de 30 de Dezembro de 2014, que julgou procedente a ação administrativa especial, deduzida no seguimento do pedido de anulação do ato de indeferimento de recurso hierárquico, praticado pela Subdiretora-Geral dos Impostos, relativo a benefício fiscal consistente na isenção de Imposto Municipal sobre Imóveis de prédio urbano.

O litígio entre o sujeito passivo, a Caixa Económica Montepio Geral, e a Administração Tributária diz respeito à interpretação de duas normas de isenção fiscal que eximem de Imposto Municipal sobre Imóveis as pessoas coletivas de utilidade pública, quanto aos prédios ou parte de prédios destinados à realização dos seus fins.

Por trás da questão puramente técnica da aplicabilidade da norma ao caso concreto, como veremos, encontra-se uma problemática de âmbito mais alargado, que diz respeito à delimitação das atividades das pessoas coletivas de utilidade que devem beneficiar das isenções e outros benefícios fiscais que o legislador lhes concede em razão dessa mesma utilidade pública, quando tal delimitação deva ser feita, como é o caso, em razão da afetação aos fins da pessoa coletiva.

1 SOBRE O ESTATUTO DE UTILIDADE PÚBLICA E OS “FINS” DA ENTIDADE SUJEITO PASSIVO

A Caixa Económica Montepio Geral (CEMG), sujeito passivo da relação jurídico-tributária controvertida no processo em causa, é uma caixa económica bancária, criada em 1844, revestindo atualmente a forma de sociedade anónima, pois é essa a forma jurídica exigida pela legislação vigente relativa à atividade bancária.

A CEMG tem, no entanto, como particularidade, o facto de ser uma “entidade anexa” de uma outra pessoa coletiva, o Montepio Geral – Associação Mutualista. Esta associação, legalmente constituída em 1840, detém por sua vez o estatuto de Instituição Particular de Solidariedade Social (IPSS).¹ Trata-se de um estatuto legal atribuído exclusivamente a pessoas coletivas sem fins lucrativos, o que significa que dele ficarão sempre excluídas as sociedades, e apenas dele podendo gozar

¹ O estatuto de “instituição particular de solidariedade social” foi inicialmente instituído pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014 de 14 de novembro.

as associações, as fundações e as cooperativas, mas neste último caso apenas as que se dediquem às atividades prevista na lei que institui o estatuto.

As instituições particulares de solidariedade social (IPSS) têm como fim “dar expressão organizada ao dever moral de Justiça e de solidariedade”² e terão que desenvolver, a título principal, uma ou várias das seguintes atividades:³ a) Apoio à infância e juventude, incluindo as crianças e jovens em perigo; b) Apoio à família; c) Apoio às pessoas idosas; d) Apoio às pessoas com deficiência e incapacidade; e) Apoio à integração social e comunitária; f) Proteção social dos cidadãos nas eventualidades da doença, velhice, invalidez e morte, bem como em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; g) Prevenção, promoção e proteção da saúde, nomeadamente através da prestação de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação e assistência medicamentosa; h) Educação e formação profissional dos cidadãos; i) Resolução dos problemas habitacionais das populações; j) Outras respostas sociais não incluídas nas alíneas anteriores, desde que contribuam para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos. De onde se pode concluir que IPSS têm sempre como objeto o desenvolvimento direto e a título principal, sem fins lucrativos, de atividades de caráter solidário ou de apoio social.

Contudo, as IPSS podem também desenvolver “atividades de natureza instrumental relativamente aos fins não lucrativos”, podendo fazê-lo através de “outras entidades por elas criadas, mesmo que em parceria e cujos resultados económicos contribuam exclusivamente para o financiamento da concretização daqueles fins.”⁴

Ora, precisamente, este era, e é ainda no momento atual, o caso da Caixa Económica Montepio Geral, SA. Tendo como objeto a atividade bancária, atividade que desenvolve em termos em tudo semelhantes às de qualquer outra entidade financeira, ela foi criada desde o seu início como uma “entidade anexa” do Montepio Geral – Associação Mutualista, tendo em relação aos fins desta última uma função instrumental, nos termos do artigo 3º nº 1 dos Estatutos do Montepio Geral - Associação Mutualista, que dispunha então: “o Montepio Geral, para auxiliar a realização dos seus fins: “a) Dispõe de uma caixa económica anexa, com personalidade jurídica e estatutos próprios, denominada Caixa Económica Montepio Geral”.

Tal função instrumental traduz-se, em termos práticos, à data tal como hoje, na obrigatoriedade de entregar os seus resultados, apurados em cada exercício, predominantemente, ao Montepio Geral – Associação Mutualista, sua entidade mãe.

² Artigo 1º, nº 1 do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social.

³ Artigo 1º-A do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social.

⁴ Artigo 1º-B, nº 2 do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social.

Com efeito, nos termos dos artigos 4º e 5º dos Estatutos da Caixa Económica Montepio Geral vigentes desde 1 de agosto de 1999, a mesma foi constituída “com a finalidade de pôr à disposição do Montepio Geral os resultados dos seus exercícios, feitas as deduções estatutariamente previstas, para que este os aplique na satisfação dos seus fins, estando anexa ao Montepio Geral, seu fundador.”

Em consonância com este perfil estatutário, nos termos do artigo 36º dos mesmos Estatutos, os resultados da Caixa Económica apurados em cada exercício teriam (à data) a seguinte afectação: “um mínimo de 20% para a reserva legal, um mínimo de 5% para a reserva especial, as importâncias necessárias para outras reservas e o remanescente para o Montepio Geral.”

Esta caracterização da relação entre a Caixa Económica Montepio Geral (CEMG) e a sua entidade mãe é a nosso ver o elemento chave de toda a questão em juízo. Estamos perante uma pessoa coletiva que tem fins lucrativos quando considerada isoladamente, ie que não sofre qualquer limitação ao exercício da sua atividade, nomeadamente quanto à prossecução do lucro através da mesma, em relação a qualquer outra entidade do mesmo ramo. Ela só tem o estatuto de utilidade pública porque está vinculada a afetar a maior parte dos seus lucros a uma Instituição Particular de Solidariedade Social. Cabe notar que a CEMG só pode deter na atualidade o estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública, hoje, porque este lhe foi outorgado anteriormente a 1977, uma vez que o estatuto de utilidade pública está na atualidade reservado a pessoas coletivas que revistam a forma de associação ou de fundação.⁵ Assim, e resumindo, a utilidade pública da CEMG provém ou está ligada ao facto de ela, através de uma atividade lucrativa, gerar lucros que servem para financiar uma entidade sem fins lucrativos. Mas além disso, como vem a defender a Recorrente nos autos, devido a essa ligação institucional, ele existe para gerar rendimentos para a entidade bem, sendo então defensável, como faz a própria, que são esses os seus fins, para efeitos de aplicação da norma fiscal de isenção.

2 A RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CONTROVERTIDA

A CEMG era detentora, em 2012, do direito de propriedade de um imóvel urbano que não se encontrava afeto à atividade bancária, tendo a função que se designa na contabilidade atual como propriedade de investimento. A CEMG tinha intenção de o vender, a fim de realizar mais-valias, e enquanto tal não acontecesse mantinha-o arrendado, retirando daí rendas que engrossavam os seus resultados.

No processo debatia-se entre outros pontos e a par da questão substancial, um problema de sucessão de leis no tempo que aqui não cabe minuciar. A questão

⁵ De acordo com o artigo 1º do Decreto-Lei n.º 391/2007 de 13 de Dezembro, que institui o regime das entidades de utilidade pública.

principal, porém, é que uma das normas em concurso (o artigo 1º, al. d) da Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro, lei esta especificamente aplicável às entidades sem fins lucrativos) estabelecia uma isenção de imposto sobre imóveis que fossem prédios urbanos e que se provasse serem destinados à *realização dos fins estatutários* da pessoa coletiva de utilidade pública. Enquanto o Estatuto dos Benefícios Fiscais⁶, já vigente em 2012, dispunha e dispõe no seu artigo 44º, n.º 1, al. e), que “estão isentas de imposto municipal sobre imóveis as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa e as de mera utilidade pública, quanto aos prédios ou parte de prédios destinados *diretamente* à realização dos seus fins.

A Autoridade Tributária considerou que só a segunda norma era aplicável ao caso, do ponto de vista da sucessão das leis no tempo, e sendo assim não havia lugar a isenção, pois o prédio em causa propriedade da CEMG, ao ter uma no património caixa económica uma função de propriedade de investimento, não estava *diretamente* destinado aos fins estatutários da entidade sujeito passivo. Esta, por seu turno, defendia, por um lado, que a norma aplicável era a primeira e, por outro lado, que o prédio em questão estava destinado aos seus fins estatutários, uma vez que o rendimento dele proveniente iria ser atribuído ao Montepio Geral - Associação Mutualista.

O Supremo Tribunal Administrativo terminaria por reduzir o seu veredito à questão da sucessão temporal das normas, concluindo que a norma de isenção do artigo 1º, al. d) da Lei n.º 151/99 estava efetivamente em vigor, ordenando assim à Administração Tributária reapreciar a questão à luz deste normativo, e com isso não se pronunciando o Tribunal sobre a questão de fundo que era a de saber se um imóvel afetado a locação ainda está, na medida em que gera rendas que são posteriormente entregues à entidade mãe, dentro dos fins estatutários da entidade subsidiária.

Sobre esta mesma questão de fundo, e com os mesmos intervenientes, contudo, pronunciou-se num outro recurso o Tribunal Central Administrativo-Norte (2ª Secção, Recurso n.º 780/13.3BEAVR, acórdão de 26-11-2015). Ao contrário do anterior, este Tribunal solveu a questão da sucessão de leis no sentido de que o artigo 1º, al. d) da Lei n.º 151/99 não está em vigor e que a norma aplicável é a al. e) do artigo 44º do EBF. Fechada esta questão, o Tribunal solucionou a questão de fundo, concluindo que “o benefício é concedido quando os prédios estão afectos à realização dos fins da pessoa coletiva de utilidade pública e não quando apenas *os rendimentos* estejam afectos a esses fins”. Continua ainda afirmando que tem que existir uma relação direta entre o destino dos prédios e os fins prosseguidos pela pessoa coletiva. Sendo que essa relação só é direta quando resulta da própria afectação ou utilização do prédio. Quando são os rendimentos do prédio que estão

⁶ O Estatuto dos Benefícios Fiscais foi inicialmente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de Julho, tendo sido revisto e republicado pelo Decreto-Lei n.º 108/2008, de 26 de junho.

afectos a utilidade pública da pessoa coletiva, a relação entre o prédio e os fins de utilidade pública não é direta, mas indireta.

O Supremo Tribunal Administrativo, por sua vez, já sancionou recentemente este entendimento, apenas no que diz respeito à interpretação da al. e) do artigo 44º do EBF, em acórdão de 3 de outubro de 2018 (processo nº 0734/13.0BEPNF 0922/16), em que se pronunciou no sentido de que “as situações abrangidas por este artigo 44º, n.º 1, al. e) do EBF respeitam àqueles prédios que estão *diretamente* afectos aos fins estatutários da pessoa coletiva, v.g. (...) os necessários à instalação da sua sede, delegações e serviços indispensáveis aos fins estatutários”.

3 CONCLUSÃO

A questão de fundo descrita neste comentário é de grande atualidade e transcende amplamente o caso concreto da CEMG, em vista da alteração do regime das Instituições Particulares de Solidariedade Social que entrou em vigor em 2014, e que prevê que estas possam, com grande amplitude, criar entidades subsidiárias, tendo de fins lucrativos como de fins não lucrativos.

Com efeito, dispõe o nº 2 do artigo 1º-B do Regime das Instituições Particulares de Solidariedade Social que “as instituições podem ainda desenvolver atividades de natureza instrumental relativamente aos fins não lucrativos, ainda que desenvolvidos por outras entidades por elas criadas, mesmo que em parceria e cujos resultados económicos contribuam exclusivamente para o financiamento da concretização daqueles fins.”

O legislador português não esclareceu até ao momento qual é o regime fiscal das entidades lucrativas subsidiárias das IPSS. Os acórdãos citados mostram existir a necessidade, desde logo, de distinguir se essas entidades têm ou não o estatuto de utilidade pública. Expõem igualmente a urgência de adaptar as disposições do EBF ao novo regime das IPSS, de modo a contemplar as entidades subsidiárias das IPSS que, com ou sem estatuto de utilidade pública, desenvolvam atividades lucrativas, com o objetivo de financiar as atividades das suas entidades mãe.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 237-242
ISSN: 1130-2682

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE
DO FIM ÀS ORGANIZAÇÕES SEM PERSONALIDADE
JURÍDICA. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE LISBOA DE 9 DE NOVEMBRO DE 2017

*THE APPLICATION OF THE “ULTRA VIRES” DOCTRINE TO
ENTITIES WITHOUT LEGAL PERSONALITY. DECISION OF
THE LISBON COURT OF APPEAL 11TH SEPTEMBER 2017*

MARGARIDA AZEVEDO ALMEIDA¹

¹ Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Rua Jaime Lopes de Amorim 4465-004 S. Mamede de Infesta, Portugal; Correio eletrónico: margaridaazevedo15@gmail.com.

1 No presente Acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa aprecia o problema da validade de deliberações tomadas em Assembleia de Proprietários e Comproprietários da Comissão de Administração Conjunta de uma Área Urbana de Génese Ilegal, qualificação atribuída a um Bairro do Município de Odivelas, à luz da Lei 91/95.

Debruça-se, em particular, sobre a legalidade da devolução de uma verba de 17.975 euros pela Comissão de Administração Conjunta à Associação de Moradores.

A Associação de Moradores tinha sido criada em 1997, essencialmente, com os objectivos de reconversão e legalização do Bairro. No ano de 2002, foi instituída a Comissão de Administração Conjunta, tendo esta, a partir de então, assumido as tarefas de reconversão e legalização do Bairro.

No momento da constituição da Comissão de Administração Conjunta, a quantia de 17.975 euros foi transferida pela Associação de Moradores para a Comissão de Administração Conjunta. A importância foi posteriormente devolvida pela Comissão de Administração Conjunta à Associação de Moradores, tendo-se provado que a importância em causa resultou de cobranças efectuadas com o objectivo de promover a reconversão do Bairro.

2. O problema central apreciado pelo aresto reside na validade da deliberação de restituição da quantia pela Comissão de Administração Conjunta à Associação de moradores.

A questão nuclear é a da conformidade desta doação com o fim prosseguido pela Comissão de Administração Conjunta. Com vista a resolver este problema, há que averiguar previamente a aplicabilidade do princípio da especialidade do fim a associações sem personalidade jurídica.

Com efeito, o Tribunal parte da verificação de que a Comissão de Administração Conjunta não tem personalidade jurídica. Não obstante, considera deverem ser aplicadas as disposições referentes às associações com personalidade jurídica, recorrendo à analogia,

Apela então ao art. 160º CC, onde está previsto o princípio da especialidade do fim.

Impõe-se, pois, averiguar a existência de *fundamento* para *aplicação analógica* do princípio da especialidade do fim a associações sem personalidade jurídica.

3. O art. 160º CC está sistematicamente enquadrado na capacidade de gozo das pessoas colectivas.

Contudo, cabe questionar se o princípio da especialidade do fim constitui efectivamente uma restrição à capacidade de gozo das pessoas colectivas ou, se traduzirá simplesmente a imposição da necessidade de respeito pelo fim da organização.

A resposta dada a este problema permite avaliar a legitimidade do recurso à analogia,

Com efeito, caso o princípio da especialidade do fim consubstancie uma limitação à capacidade de gozo, a sua aplicação apresentar-se-á como consequência da qualidade de *pessoa colectiva*.

Se existe capacidade jurídica é porque existe personalidade (GONÇAVES, D.C., *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais – Dimensão Problemática e Coordenadas Sistemáticas da Personificação Jurídica Privada*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 542º e segs)

Na verdade, se a lei reconhece a determinado substrato personalidade jurídica, fá-lo em função do fim que o substrato se destina a prosseguir. Nasce assim a pessoa colectiva, podendo esta ser titular de direitos e de deveres. Daí que os direitos e deveres de que a pessoa colectiva pode ser titular sejam tão-só aqueles que não contrariem o seu fim. O princípio da especialidade do fim decorrerá, desta forma, do facto de se tratar de uma organização com personalidade jurídica. A esta luz, não seria defensável a aplicação analógica deste princípio às associações sem personalidade jurídica.

Na hipótese de o princípio da especialidade do fim constituir tão-somente uma manifestação da necessidade de respeito pelo fim das organizações, e não uma consequência da capacidade de gozo, o princípio não decorrerá da existência de personalidade jurídica, sendo de sustentar a sua aplicação analógica a associações dela desprovidas.

4. A doutrina não é unânime quanto ao enquadramento do princípio da especialidade do fim. Para uma panorâmica da doutrina portuguesa sobre o assunto, pode consultar-se BARBOSA, M. M., “Reflexões acerca do princípio da especialidade do fim”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. I, nº 7 (2015), pp. 16 e segs.

Embora se possa falar de uma tendência no sentido de o considerar como limitação da capacidade, Autores há que contestam este enquadramento

4.1. Começando pela corrente maioritária, vários são os Autores que identificam o princípio da especialidade do fim como um limite à capacidade de gozo das pessoas colectivas. Partindo da natureza instrumental da personalidade colectiva à realização dos seus interesses, o fim da pessoa colectiva delimita os direitos e obrigações de que pode ser titular (assim, PINTO, C.M., *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 319). No mesmo sentido, considera-se

levar o princípio da especialidade do fim a uma “capacidade funcional”, dirigida à realização do fim da pessoa colectiva (HÖRSTER, H. , *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 390.

Na mesma linha, Mafalda Miranda Barbosa (*Reflexões... cit.*, pp. 24 e segs.) defende a recondução do princípio da especialidade do fim a um problema de capacidade. A Autora baseia-se na circunstância de a lei, ao reconhecer personalidade jurídica à pessoa colectiva, tornar possível a titularidade de direito e deveres, em atenção ao fim por ela prosseguido. Por este motivo, a sua capacidade estará limitada pela necessidade ou conveniência dos direitos e deveres em relação ao objectivo que presidiu ao reconhecimento da personalidade jurídica.

Situando-se o problema no plano abstracto da capacidade de gozo, a avaliação da conformidade com o fim dever-se-á reportar a uma categoria de actos e não a actos concretos. Contudo, Mafalda Miranda Barbosa não deixa de atender às características do caso concreto, embora o ponto de partida seja a referência categorial (veja-se *Reflexões...cit.*, pp. 21 e segs).

4.2. Posição diferente encontramos em Oliveira Ascensão. O Autor afasta-se do entendimento de que o princípio da especialidade do fim representa um limite à capacidade de gozo das pessoas colectivas, Defende antes que “a eventual anomalia” residirá no desvio em relação a um fim, e não numa incapacidade (Direito Civil. Teoria Geral. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 263).

Situa o princípio da especialidade do fim no plano concreto de cada acto ou actividade e não no plano abstracto da capacidade de gozo. Por este motivo a conformidade do acto com o fim da organização referir-se-á ao acto concreto e não a uma categoria de actos.

5. Pensamos que o princípio da especialidade do fim constitui um afloramento da necessidade de respeito pelo fim das organizações, não se apresentando inexoravelmente ligado à personalidade jurídica. Não se trata, por isso, de uma limitação à capacidade de gozo das pessoas colectivas.

Na verdade, as associações, ainda que desprovidas de personalidade jurídica, constituem realidades da vida social ligadas à prossecução dos fins que inspiraram a sua formação. Os actos praticados não podem colocar em causa o propósito que as associações têm em vista servir. Daí que a lei deva intervir onde os actos praticados pela associação se afastem do respectivo fim. Existe um interesse social neste controlo, que se estende às organizações sem personalidade jurídica.

A preocupação de tutela das finalidades de associações sem personalidade jurídica vem testemunhada no art. 196º CC. Ao reconhecer uma certa autonomia do património da associação em relação ao património dos associados, traduzida na impossibilidade, enquanto a associação subsistir, de divisão do património comum

pelos associados e de execução do património comum por dívidas dos associados, procura a lei preservar a possibilidade de realização do fim dessa associação.

A aplicação do princípio da especialidade do fim partilha esta intenção protectora do fim a que a associação se propõe.

Por conseguinte, consideramos ter estado bem o Tribunal ao considerar o princípio da especialidade do fim aplicável por analogia à Comissão de Administração Conjunta, escrutinando a doação à luz deste princípio.

Isto não equivale, no entanto, à defesa do controlo da *oportunidade* de cada acto. Refira-se que Mafalda Miranda Barbosa sublinha esta ideia (*Reflexões... cit.* pp. 37 e 38).

Trata-se, antes, à luz das circunstâncias concretas, de avaliar a direcção do acto à prossecução do fim da associação, isto é, apurar se o acto praticado é manifestamente contrário ao escopo da associação, de forma que apenas se possa explicar pela preocupação de servir fins a ela estranhos.

A apreciação deve ser feita em vista das circunstâncias do caso concreto e não em consideração de uma categoria de actos. Assim, tendo presente a circunstância de se tratar de uma doação de que é beneficiária a Associação de Moradores de cujo fim também faz parte a reconversão do mesmo Bairro, o acto de doação não representará um desvio em relação ao fim da Comissão de Administração Conjunta.

BALDIOS, REGIME FLORESTAL PARCIAL E CASA DE
GUARDA: DE QUEM É, AFINAL, A CASA? ANOTAÇÃO
AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE
GUIMARÃES DE 9 DE NOVEMBRO DE 2011, PROFERIDO
NO ÂMBITO DO PROCESSO 512/13.6TBMNC.G1

*EMPTY LOTS, PARTIAL FOREST REGIME AND GUARD
HOUSE: WHO DOES HOUSE BELONG TO AFTER ALL?
COMMENTARY TO THE JUDGMENT OF THE GUIMARÃES
COURT OF APPEAL OF NOVEMBER 9TH, 2011, PURSUANT
TO THE PROCEDURE 512 / 13.6TBMNC.G1*

FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES*

* Professoras da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito, Pátio da Universidade, Coimbra. Endereço de correio electrónico: fpaula@fd.uc.pt; dulce.rdgr@gmail.com.

ANOTAÇÃO

● É hoje consensual que os baldios são *bens comunitários*, não fazendo parte nem do setor público, nem do setor privado, antes integrando o setor cooperativo e social. Neste se integram, efetivamente, de acordo com a alínea b) do n.º 4 do artigo 82.º da Constituição da República Portuguesa, além de outros, “*os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais*”. No mesmo sentido vai a Lei que aprovou o regime aplicável aos baldios e demais meios de produção comunitários (Lei n.º 75/2017, de 17 de agosto), que integra no setor cooperativo e social dos meios de produção a que se refere a alínea b) do n.º 4 do artigo 82.º da Constituição, os baldios que sejam possuídos e geridos por comunidades locais (artigo 1.º).

Isto significa que são as *comunidades locais*, enquanto *comunidade de habitantes* que se apresentam como titulares dos seus direitos coletivos (sejam de gozo, de uso, ou de *domínio*), valendo, quanto a elas, os princípios da *autoadministração* e *autogestão*¹.

Resulta do artigo 2.º, alínea c), desta lei que *comunidade local* corresponde “*ao conjunto de compartes organizado nos termos da presente lei que possui e gere os baldios e outros meios de produção comunitários*”, sendo este universo de compartes integrado por “*cidadãos com residência na área onde se situam os correspondentes imóveis, no respeito pelos usos e costumes reconhecidos pelas comunidades locais, podendo também ser atribuída pela assembleia de compartes essa qualidade a cidadão não residente*” (n.º 2 do artigo 7.º).

Acresce que a Lei n.º 75/2017 atualmente em vigor, define baldios como os terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes, possuídos e geridos por comunidades locais [artigo 2.º, alínea a)], considerando os compartes os titulares dos baldios (artigo 7.º, n.º 1).

ii. Uma das questões que, a propósito dos baldios, tem sido discutida na jurisprudência prende-se com as consequências da situação de sujeição de terrenos baldios ao regime florestal parcial, nos quais foram erigidas, pelo Estado, casas de guarda, para finalidades de vigilância dos terrenos florestais.

¹ Impressivamente, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 96/2012, segundo o qual “*Na verdade, os baldios não são matéria que, à partida, deva ser considerada de poder local. Havendo assembleia de compartes é a esta, como conjunto de compartes de um bem comunitário gerido e possuído pela comunidade, e não aos eleitores recenseados que cabe decidir as questões que aos baldios respeitam*”.

Esta submissão ao regime florestal parcial de terrenos baldios, iniciada já em 1901 (Decreto de 24 de dezembro) foi historicamente objeto de grande contestação e apontada como um dos principais motivos para o declínio daquela forma de propriedade comunitária, pela sua arborização compulsória e a sua gestão centralizada.

Mais recentemente, os conflitos entre o Estado (em particular a sua administração florestal) e os órgãos de gestão dos baldios têm-se centrado quer na questão da própria devolução dos Baldios [que, ainda que mandatada pelo Decreto-Lei n.º 39/76, de 19 de janeiro e revigorada pelo artigo 2.º, alínea a) ii) da Lei n.º 75/2017, tem encontrado oposição do Estado, por este considerar que tal poderia frustrar os objetivos do regime florestal em que aquelas áreas se encontram inseridas] quer na questão do âmbito dessa devolução.

É esta última a questão que nos ocupa na anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9 de novembro de 2017: a de aferir se, tendo havido lugar à devolução aos compartes do uso, fruição e administração dos baldios, tal devolução abrange as casas de guarda e as parcelas de terrenos dos baldios em que foram implantadas casas dos guardas florestais, assim como os anexos de apoios a tais casas e respetivos logradouros, ou se tais casas de guarda e parcelas assim ocupadas permanecem afetas ao Estado.

Note-se que o terreno baldio em causa nos autos em apreço foi submetido ao regime florestal parcial através do Decreto do Governo, publicado no Diário do Governo n.º 240 da II.ª Série, de 14 de outubro de 1944, que o reconheceu como próprio para a execução da Lei n.º 1971, de 15 de junho de 1938.

Importa realçar que o regime florestal parcial, ao contrário do regime florestal total, incidia apenas sobre terrenos que não eram propriedade do Estado e que não adquiriam esse estatuto por via daquela afetação. Da Base VI da Lei n.º 1971, de 16 de Junho 1938, resultava apenas que “*os terrenos baldios, depois de submetidos ao regime florestal, entram na posse dos serviços à medida que forem arborizados ou a contar da respectiva notificação*” (sublinhado nosso).

De onde não se poder afirmar, desde logo, que os bens em apreço integraram o domínio privado ou público do Estado, ingressando na sua propriedade. O Estado passou, isso sim, a deter, por força destes diplomas, um conjunto de poderes e direitos funcionalizados sobre os terrenos baldios (que assim permaneceram), que incluíam, no essencial, a gestão/ exploração florestal desses espaços e a sua vigilância. Este acervo de poderes do Estado projetava-se na esfera jurídica dos compartes, seja inviabilizando a utilização direta dos baldios por eles, seja obrigando-os a suportar um conjunto de ações tomadas pelo Estado com o intuito de cumprir as finalidades de interesse público subjacentes ao regime florestal parcial.

E era nestas finalidades, em particular na de vigilância, que se incluía a construção de casas de guarda e de postos de vigia: a construção destas casas tinha em

vista fornecer aos respetivos guardas habitações dentro da área florestada ou nos limites desta, porquanto a estes competia a sua vigia de dia e de noite, como consta do artigo 305.º do regulamento para a Execução do Regime Florestal, aprovado por decreto de 24 de dezembro de 1903.

Ou seja, no *ónus* que passou a incidir sobre os baldios em virtude da sua integração no regime florestal parcial (portanto, um *ónus real*) integrava-se a possibilidade de, em ligação com as respetivas áreas florestadas, se prever um espaço edificado que cumpria funções indissociavelmente relacionadas com aquela gestão florestal.

Precisamente, a Base VIII da Lei n.º 1971 alude às casas de guarda, ao estipular que dos projetos definitivos, além da “*área a arborizar e a reservar para pastagens, viveiros culturas*” [alínea a)], conste, entre outros aspetos, a “*construção de caminhos, sedes de administração, casas de guarda, postos de vigia, montagem de rede telefónica (...)*» [alínea c)], podendo as construções “*que tenham de preceder os trabalhos de urbanização (...)* constar de *projectos especiais*”. Em momento algum, porém, se refere nesta Lei, a constituição de um direito de propriedade a favor do Estado ou a integração de terrenos comunitários no domínio estadual, por esta transferência de propriedade não ser necessária para a prossecução das finalidades públicas em apreço: a mera sujeição de terrenos comunitários a um regime legal restritivo de uso do solo (a par do que hoje sucede com inúmeras servidões e restrições de utilidade pública) cumpria as exigências públicas de intervenção, orientação e gestão florestal, não tendo sido necessário expropriar ou transferir por qualquer outro modo a propriedade das parcelas em causa². Se assim não fosse, mal se compreenderia a distinção legal entre regime florestal total e parcial.

Por isso se compreende que várias pronúncias que têm vindo a ser emitidas sobre esta matéria, enfatizem, quanto a nós bem, que em momento algum o legislador atribuiu ou permitiu a atribuição da propriedade ao Estado sobre aquelas parcelas (aquelas sobre as quais se implantaram casas de guarda). É isso que resulta, por exemplo, do Parecer n.º 151/78, da Procuradoria Geral da República, de 30 de agosto de 1978 (*in Boletim do Ministério da Justiça*, 284º-72), segundo o qual em causa estaria “*um direito real, sujeito a um regime de direito público,*

² Tal expropriação apenas ocorreria em situações contadas. Assim, segundo o Decreto que criou o regime florestal (Decreto Orgânico dos Serviços Agrícolas, de 24 de dezembro 1901), se houvesse parecer desfavorável, os proprietários podiam requerer a expropriação “*pela qual a mata ou os terrenos a arborizar passam para a posse do Estado em regime florestal total*” (artigo 33º, § 2º). Mais, previa-se no § único do artigo 34.º deste Decreto que “*Os terrenos de particulares que devam ser arborizados sob o regime florestal, assim como as matas particulares que convenha submeter ao mesmo regime podem ser expropriados pelo Estado, se os respectivos proprietários se não sujeitarem às condições do regime florestal parcial, nos termos do regulamento*”, o qual determinará igualmente “*as condições e prazos em que deverão ser feitas a arborização dos terrenos e a exploração das matas dos particulares, dos grémios e associações, bem como das corporações administrativas e estabelecimentos pios*”.

cabendo ao Estado a posse dos imóveis correspondente a esse direito". Escreve-se aí, igualmente, que *"o conteúdo do direito do Estado é mais amplo do que o do arrendatário ou administrador"*, sem, porém, o ter equiparado em momento algum ao direito de propriedade.

Todavia, a nossa dúvida vai mais além do que aquilo que tem vindo a ser discutido e decidido na jurisprudência (que se tem pronunciado ora no sentido de reconhecer ao Estado a propriedade sobre as parcelas onde se implantam as casas de guarda ora de recusar tal reconhecimento). Vejamos que dúvida é essa.

O discurso que tem vindo a ser feito nesta matéria tem encontrado base jurídica no Parecer nº 6/99 da Procuradoria Geral da República, de 24 de junho de 1999 (Diário da República, II.^a Série, de 24 de novembro de 1999), segundo o qual o regime esboçado aponta no *"sentido de um direito real do Estado sobre os baldios sujeitos ao regime florestal funcionalmente dotado de grande estabilidade e de vincadas características de exclusividade e oponibilidade a terceiros, cujo conteúdo se aproxima, quando não se identifica, em certos dos seus vectores, com o complexo de poderes e direitos próprios do titular da propriedade"*.

Como se pode inferir do texto acabado de citar, também este Parecer não se pronuncia, quanto ao solo – isto é, quanto às parcelas integradas nos baldios – como sendo propriedade do Estado; apenas que a sua sujeição a regime florestal parcial comporta limites que se aproximam do vetor essencialmente negativo daquele direito (o de excluir terceiros e, mesmo, os proprietários, da sua fruição e utilização).

Porém, atente-se que este Parecer vai mais longe, já que assume a submissão ao regime estrito de direito de propriedade os bens jurídicos (as construções) que se implantam sobre aquele solo. Como aí se afirma: *"Determinadas coisas, inclusive, aí existentes, encontram-se inequivocamente no domínio (privado) do Estado; a floresta, plantada pelos serviços florestais; as construções de várias espécies aí edificadas e custeadas pelos serviços estaduais, com relevo para as casas de guarda, cuja propriedade não suscita na consulta sombra de dúvida de que se encontra na titularidade do Estado"* (sublinhados nossos).

De acordo com esta tese, as casas de guarda são propriedade do Estado pelo simples facto de terem sido por ele construídas, não se invocando qualquer fundamento jurídico para o efeito, seja a acessão, seja a usucapião, seja a constituição de um direito de superfície. Neste raciocínio, bastaria ao Estado ter construído as casas de guarda e outras edificações em terrenos que não lhe pertenciam para que, como que por artes mágicas, se constituísse na sua esfera jurídica um direito de propriedade sobre elas.

Assinale-se a este propósito que, tal como para o solo (isto é, para as parcelas nas quais se implantam as casas) o legislador não previu para a edificação qual-

quer regime particular, designadamente não previu qualquer forma de aquisição de um direito real sobre a mesma.

Não se percebe, portanto, a assunção imediata e acrítica de que “*as casas de guarda são propriedade do Estado*”, ainda que não tenhamos quaisquer dúvidas sobre a legitimidade que o Estado tinha para, ao abrigo do regime florestal parcial, as construir em terrenos de terceiros e para as manter enquanto subsistissem as finalidades públicas subjacentes à sua edificação e às quais elas estavam funcionalizadas. Se, de facto, o que justificou a constituição de restrições de utilidade pública ao uso dos baldios pelos seus compartes (com os ónus delas decorrentes) foi a submissão a um regime florestal parcial e, portanto, a aplicação de um regime jurídico de direito público (um direito real público), não se percebe a necessidade e adequação de se formatar o estatuto jurídico das casas de guarda à luz de conceitos puramente privatistas (direito de propriedade privada). E, além do mais, sem explorar cabalmente estes regimes pois vemos com particular dificuldade que se possa considerar que a construção em terreno alheio corresponde, sem mais, à criação de um qualquer direito de propriedade apenas sobre o edifício.

Muito menos se analisou se terá havido alguma afetação destas casas de guarda ao domínio público ou privado indisponível estadual nos moldes jus-publicistas. Isto porque, como é sabido, os bens do Estado tanto podem integrar o domínio público (aqueles que como tal assim sejam considerados pela constituição e pela lei³) como o domínio privado (os restantes), sendo necessário distinguir, quanto a este, se se trata do domínio privado indisponível (sujeitos a um regime restritivo próximos dos bens do domínio público) ou disponível⁴.

E, anote-se, mesmo aqui, que apenas são sujeitos a um destes regimes os bens que inequivocamente sejam do Estado, isto é, tenham por ele sido adquiridos, quer por via privada (o que, como vimos, não ocorreu), quer por via pública (por

³ A categoria dos bens públicos é constituída pelo conjunto de coisas, pertencentes a um determinado ente público (normalmente a título dominial), submetidas por lei a um regime especial (em que avulta a sua tendencial inalienabilidade) e individualizáveis com base em específicos caracteres objetivos ou naturais legalmente fixados (bens reservados) ou por força da sua concreta destinação a uma função ou serviço públicos (bens de destinação pública). A qualificação como pública conferida a uma coisa subtrai-a, por regra, ao comércio jurídico privado e submete-a ao domínio de uma pessoa coletiva de direito público para ser disponibilizada para uso público ou aplicada à satisfação de certos interesses públicos.

⁴ Os bens do domínio privado disponível estão sujeitos a um regime distinto: trata-se de bens que, por regra, não se encontram adstritos a nenhuma finalidade pública específica (o que decorre, muitas vezes, do facto de terem sido adquiridos pela Administração de forma ocasional, nomeadamente por intermédio de doações particulares ou de execuções fiscais), tendo uma mera finalidade de produzirem rendimentos. Porém, a sua *disponibilidade* não significa uma sujeição total ao direito privado: ainda que possam ser alienados ou onerados pela Administração e objeto de tráfico jurídico normal, tal apenas pode ser concretizado nas *formas prescritas na lei administrativa*, designadamente por via concursal.

ato de autoridade, designadamente expropriação, ou por via legal). O que também não sucedeu.

Nunca é demais lembrar que a lei não determina a transmissão da propriedade sobre os baldios (ou de qualquer bem neles construído) para o Estado, apenas da sua posse. Nem foram constituídos quaisquer direitos a favor do Estado que lhe permitissem edificar em terreno alheio, não tendo sido mobilizado os institutos da expropriação da parcela a afetar a esse fim ou da constituições de direitos reais públicos menores como os de servidão ou de superfície que viabilizassem a constituição de um direito de propriedade sobre as casas de guarda a favor do Estado.

Portanto, existe um salto (i)lógico, que não se entende nem tem fundamento jurídico, na afirmação de que as casas de guarda são *propriedade privada do Estado*.

Mais apreensões nos suscita a conclusão do referido Parecer segundo a qual “*As parcelas de terreno dos mesmos baldios em que foram implantadas as casas de guarda tornaram-se indissociavelmente partícipes da destinação pública a que estas foram afectadas, mercê da qual, e por força do direito real público aludido na conclusão 1., ficaram exceptuadas da devolução ao uso, fruição e administração dos baldios aos compartes, nos termos do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 39/76, de 19 de Janeiro*”.

Ou seja, seguindo esta linha de raciocínio, as casas de guarda, sendo propriedade privada do Estado, trazem consigo a acessória propriedade estadual das parcelas em que se implantam. A finalidade pública a que se encontram adstritas as casas de guarda projeta-se sobre o terreno na qual as mesmas se implantam convertendo-o (de novo sem que se indiquem figuras jurídicas que o justifiquem) em propriedade privada do Estado.

Este *argumentarium* esquece que o que é essencial no regime legal gizado já em 1901 não são as casas de guarda, mas sim a exploração florestal pelo Estado de terrenos não estaduais. Este sim o fundamento do regime florestal parcial e da consideração de que os terrenos arborizados passariam para a posse do Estado, mantendo, contudo, a sua titularidade originária. As casas de guarda são elas, assim, um elemento acessório à gestão e vigilância florestal e não um uso que deste se autonomize. Usar a “*destinação pública*” a que foram afetadas as casas de guarda para delas retirar a propriedade estadual dos terrenos sobre a qual se implantam, mesmo nas circunstâncias em que a gestão destes foi devolvida aos baldios, é absolutamente espúrio. Isto porque aquelas casas não se autonomizam da exploração florestal a que se encontraram ligadas, não podendo ser usadas como um elemento independente de ligação ao solo. Elas existem em função das finalidades de exploração florestal, sendo esta a única “*destinação pública*” relevante.

Fazendo um ponto de ordem nas considerações até aqui expendidas, podemos assentar no seguinte:

1. As casas de guarda não são *qua tale* propriedade do Estado; para o serem teria de ter havido um qualquer título jurídico privado ou público de constituição desse direito. O que não excluimos que ocorra em algumas situações, mas não é o cenário que tem sido colocado aos nossos Tribunais;
2. A afetação a um fim de utilidade pública não é, por si só, um título de aquisição da propriedade. E nem o poderia ser pois não se compreende como é que, estando as casas de guarda sujeitas ao mesmo regime público do solo – o regime florestal parcial – aquelas seriam detidas a título de propriedade pelo Estado, que quanto a este seria mero possuidor.
3. As casas de guarda não têm uma “*destinação pública*” autónoma, estando dependentes da função de exploração e vigilância florestal, pelo que não têm a potencialidade de estender um eventual regime público à parcela sobre a qual se implantam.

Não é isso que a nossa jurisprudência tem entendido, oscilando, porém, entre os que consideram que as parcelas onde se implantam as casas de guarda são consequentemente de propriedade estadual (sujeitas inclusive, como sucede no Acórdão em anotação, ao domínio público deste)⁵, e aqueles que entendem que como não se configura qualquer forma de aquisição originária ou derivada que possa fundamentar a declaração de que a parcela de terreno onde se encontra implantada a casa florestal é propriedade do Estado, ela continua a pertencer ao Baldio.⁶

Não obstante esta discordância quanto à titularidade das parcelas sobre que se implantam as casas de guarda, toda esta jurisprudência está de acordo (ou não questionou) que as casas de guarda, em si mesmas, são propriedade privada do Estado. Ora, é a este propósito que não concordamos com o que tem vindo a ser decidido nos nossos tribunais (de que é exemplo o Acórdão aqui em anotação). A nosso ver não há motivos para distinguir entre o estatuto jurídico real das casas de guarda e o terreno no qual se implantam, não se vislumbrando qualquer fundamento legal do qual resulte a aquisição de propriedade pelo Estado sobre o terreno e sobre as casas de guarda nele implantadas.

Nem se percebe que se faça uma dissociação, não prevista na lei, entre estes dois elementos, uma vez que pode de nada servir ao baldio o reconhecimento de propriedade sobre a parcela na qual se implanta a edificação e o seu logradouro, sabendo que a casa de guarda continua a ser propriedade do Estado, o que impede uma fruição global daquele espaço.

⁵ Cfr., ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de fevereiro de 2005, proferida no Proc. 0426749.

⁶ Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de março de 2006, proferido no Proc. 0630356 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de janeiro de 2008, proferido no Proc. 2071/07-1.

iii. Assumindo acriticamente a posição da nossa jurisprudência – de que as casas de guarda são propriedade do Estado – não foi discutida, como referimos *supra*, o regime de propriedade do Estado que incide sobre essas casas. Considerando que as mesmas foram construídas para serem afetas a uma finalidade pública (aquela que justificou a sua construção), esse regime seria, ele mesmo, *público* ou, no limite, um regime de *propriedade privada indisponível*.

Porém, como resulta destes regimes, se cessar essa afetação, tais casas, por deixarem de ter uma destinação pública, permaneceriam na propriedade privada (agora disponível) do Estado, com a consequência de que este a poderia gerir em moldes privatistas, alienando ou onerando aqueles bens (ainda que nas formas previstas na lei). Esta possibilidade, como julgamos resultar óbvio, poderia impactar a fruição dos baldios pela afetação de áreas que lhes são intersticiais a fins que nada têm a ver com eles ou com a inicialmente perspeticada gestão florestal.

Consideramos que o busílis desta questão não é, portanto, a propriedade privada ou pública da casa de guarda e do terreno subjacente (a qual, como referimos na primeira parte deste comentário, temos forte dúvidas que exista), mas a finalidade pública a que a mesma se encontra (ou não) adstrita. Aliás, este é um dos elementos que na jurisprudência citada tem sido relevante no momento de decidir sobre o estatuto jurídico do solo, o que demonstra a essencialidade deste critério na definição do regime aplicável às casas de guarda.

Senão veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de setembro de 2011, proc. 243/08.9TBPTL.G1.S1: este, não obstante considerar que não houve aquisição por usucapião pelo Estado, entende que “*encontrando-se o baldio da Facha submetido ao regime florestal, não ficaram a aludida casa do guarda-florestal, a parcela em que se encontra implantada e respectivo logradouro abrangidos na devolução, ao uso, fruição e administração dos compartes do baldio da Facha*”. Mas, para chegar a esta conclusão aduz argumentos adicionais que se prendem, por um lado, com a vontade do Estado em continuar a assegurar a gestão de áreas florestadas (“*não tendo o Estado querido abandonar as áreas florestadas, não integradas nos baldios, pretendeu também manter as casas dos guardas florestais, dado que as áreas florestadas, sob vigilância desses guardas, não se confundiam com as áreas dos baldios.*”); e, por outro lado, com a inutilidade da área em apreço para a gestão do baldio pelos compartes (“*Como se considerou no acórdão recorrido, a prossecução das finalidades intencionadas com a devolução dos baldios não exigia a entrega de tais casas ou instalações. Com efeito, a tão vastas áreas de terrenos baldios não adiantam, nem atrasam superfícies da ordem dos 300 m.². Mais, não se vislumbra que uso iriam os compartes dar a essas instalações, designadamente aos postos de vigia*”).

Tendo em conta o afirmado, a nossa posição é muito clara.

Não há dúvidas que, salvo existindo título bastante nesse sentido, as casas de guarda não são *qua tale* propriedade pública ou privada do Estado (constituindo quando muito uma benfeitoria e estando sujeita ao regime destas). Porém, também não restam dúvidas que tais casas foram construídas para a prossecução de uma finalidade pública associada à gestão florestal, finalidade esta que, com a devolução dos baldios à gestão dos compartes, pode não ter necessariamente cessado.

COMPREENDAMO-NOS

Da posição segundo a qual não resulta da mera construção das casas de guarda a propriedade estadual destas deve retirar-se que, como regra, a devolução dos baldios à gestão dos seus compartes abrange também as casas de guarda e, naturalmente, as parcelas nas quais se encontram integradas e respetivos logradouros.

Só assim não acontecerá nas situações – eventualmente residuais – em que o Estado argua e comprove que continua a fazer uso de tais casas de guarda ou de outros equipamentos (como as torres de vigia) para finalidades de exploração e vigilância florestal. Isto porque compreendemos que as finalidades subjacentes ao regime florestal parcial podem não ter sido extintas com a mera devolução de gestão de um baldio, já que, na envolvente, pode haver boas razões para continuar a gerir, manter e vigiar áreas florestadas da responsabilidade do Estado.

Claramente não cumprirão estas exigências situações em que tais casas se encontrem em ruína ou em elevado estado de deterioração, não se encontrem afetas à atividade pública que fundamentou a sua construção ou a uma atividade análoga, ou estejam sujeitas a finalidades privadas.

Dada esta plurifacetada consideração jurídica do problema, se compreende que a Lei dos Baldios não lhe tenha dado resposta, uma vez que uma adequada solução de cada caso carece de uma ponderação concreta das suas circunstâncias. Todavia, julgamos que seria adequado que o discurso jurídico se passasse a centrar decisivamente na finalidade pública que esteve subjacente à construção das casas de guarda (e na sua manutenção ou não) e não na sua titularidade que parece ser deduzida, pura e simplesmente, a partir daquela construção.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 255-260
ISSN: 1130-2682

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DO PORTO, EM 21 DE FEVEREIRO
DE 2018 (PROCESSO N.º 6925/17.7T8VNG.P1)

*ANNOTATION TO THE DECISION OF THE COURT
OF APPEAL OF PORTO, FEBRUARY 21, 2018
(CASE NUMBER 6925/17.7T8VNG.P1)*

FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA*

* Juiz de Direito. Endereço de correo electrónico: fcosteiradarocha@yahoo.com.

1 No acórdão proferido em 21 de fevereiro de 2018, no âmbito do processo n.º 6925/17.7T8VNG.P1, o Tribunal da Relação do Porto analisou a questão de saber qual o tribunal competente em razão da matéria para a declaração de insolvência de uma associação sem fins lucrativos.

Revogando a decisão proferida pelo tribunal de primeira instância, o Tribunal da Relação do Porto decidiu que essa competência cabe aos juízos de comércio (o texto do acórdão está disponível em www.dgsi.pt).

2. Afirma-se no acórdão que «entre as pessoas colectivas susceptíveis de serem declaradas em estado de insolvência encontram-se as “associações”».

Esta afirmação não merece qualquer crítica, pois o atual Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março; a seguir identificado pela sigla CIRE) é inequívoco a este propósito. De acordo com o art. 2.º, n.º 1 do CIRE (que tem por epígrafe «sujeitos passivos da declaração de insolvência»), o processo de insolvência aplica-se a «quaisquer pessoas singulares ou coletivas», bem como a outras diversas entidades sem personalidade jurídica elencadas nas várias alíneas do citado preceito legal, como por exemplo, a herança jacente, as associações sem personalidade jurídica, as comissões especiais ou os patrimónios autónomos. Verifica-se, assim, que o critério assumido pelo CIRE quanto ao âmbito subjetivo da insolvência foi o critério da autonomia patrimonial, em detrimento da personalidade jurídica, do exercício de uma atividade lucrativa ou do exercício do comércio. O n.º 2, do art. 2.º apenas exclui do âmbito subjetivo da insolvência «as pessoas coletivas públicas e as entidades públicas empresariais»; e, por outro lado, as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento e os organismos de investimento coletivo, «na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades» (sobre o âmbito subjetivo da insolvência, cfr., *inter alia*, CARVALHO FERNANDES, L. A. / LABAREDA, J., *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 68-70; SOVERAL MARTINS, A., *Um Curso de Direito da Insolvência*, Reimpressão da 2.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 61 e segs.; MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito da Insolvência*, 8.ª edição, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 85 e segs.; CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 49 e segs.).

As associações sem fim lucrativo, independentemente da discussão que pode ser empreendida sobre as suas finalidades e a sua exata natureza jurídica (cfr. PINHEIRO DE ALMEIDA, M., “As deliberações sociais das associações e a proteção de terceiro”, *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 34 (2011-2012), pp. 269-271, bem como a doutrina aí citada), gozam de personalidade jurídica, são

peças coletivas (cfr., nomeadamente, os arts. 157.º e 158.º, n.º 1 do Código Civil). Integram, por isso, o elenco das entidades que podem ser declaradas em situação de insolvência (na doutrina, referindo-se expressamente às associações, a este propósito, cfr. SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 62; MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 86).

3. Sendo certo que as associações sem fim lucrativo podem ser declaradas em estado de insolvência e que lhes é aplicável o regime do CIRE, impõe-se analisar os preceitos que tal Código dedica à competência do tribunal, tendo em vista aferir qual o tribunal competente, *em razão da matéria*, para o processo de insolvência das associações.

O CIRE refere-se à competência do tribunal para o processo de insolvência logo no art. 7.º, n.º 1, atribuindo a competência, em razão do território, ao tribunal da sede ou do domicílio do devedor; estabelecendo o n.º 2, do mesmo artigo, que é igualmente competente o tribunal do lugar em que o devedor tenha o centro dos seus principais interesses, entendendo-se por tal aquele em que ele os administre, de forma habitual e cognoscível por terceiros». Para além destes segmentos normativos, que dizem respeito à competência interna territorial, nos demais preceitos que dedica à competência, o CIRE apenas incide sobre a competência internacional dos tribunais portugueses (cfr. art. 7.º, n.º 4 e art. 294.º do CIRE).

Pode afirmar-se, com segurança, que no CIRE não se encontram normas que permitam determinar qual o tribunal competente, *em razão da matéria*, para tramitar e decidir o processo de insolvência. O que se compreende, porquanto, segundo o estabelecido no art. 65.º do Código de Processo Civil, são as leis de organização judiciária que determinam quais as causas que, *em razão da matéria*, são da competência dos tribunais e das secções dotados de competência especializada.

4. A atual Lei da Organização do Sistema Judiciário (a seguir identificado pela sigla LOSJ) foi aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, e entrou em vigor – na parte que releva para o problema suscitado perante o Tribunal da Relação do Porto – em 1 de setembro de 2014.

Estabelece o art. 128.º, n.º 1, alínea *a*) da LOSJ que *competem aos juízos de comércio preparar e julgar os processos de insolvência*.

Lendo este preceito, imediatamente se verifica que o mesmo atribui competência, *em razão da matéria*, aos juízos de comércio, sem qualquer ressalva em função da natureza jurídica da entidade sobre a qual incide o processo de insolvência. Dito de outro modo: em primeira linha, a competência, *em razão da matéria*, para todos os processos de insolvência é atribuída aos juízos de comércio.

Na senda do regime estabelecido no art. 121.º, n.º 1, alínea *a*) da Lei n.º 52/2008, de 21 de agosto (pela qual foi criado um *regime experimental* de organi-

zação dos tribunais judiciais) e na prossecução do objetivo de «especialização da oferta judiciária» visado pela LOSJ (expressamente enunciado no §8 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 114/XII, que esteve na génese da LOSJ) a competência dos juízos do comércio foi estendida a todos os processos de insolvência. Compreende-se a solução na nova lei orgânica, pois «o processo de insolvência apresenta especificidades, quer quanto à sua estrutura quer quanto à sua dinâmica (nomeadamente a diversidade tipológica dos intervenientes processuais e a sua natureza urgente), que justificam a intervenção de um juízo especializado, o qual trará um ganho de eficiência técnica e de harmonização decisória (em casos idênticos), que se traduzem numa melhor administração da justiça (por confronto com um hipotético juízo de competência genérica)» (cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-03-2018, processo n.º 70/13.1TYLSB-E.L1.S1. O texto do acórdão está disponível em www.dgsi.pt).

Diferentemente, na vigência da anterior lei de organização judiciária (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro; a seguir designada pela sigla LOFTJ), a competência em razão da matéria era atribuída em primeira linha aos tribunais comuns; os tribunais de comércio só seriam competentes se o devedor fosse uma sociedade comercial ou a massa insolvente integrasse uma empresa (art. 89.º, n.º 1, alínea *a*) da LOFTJ, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro. Sobre as alterações sofridas pelo art. 89.º, n.º 1, alínea *a*) da LOFTJ, ao longo do período de vigência desta Lei, cfr., por todos, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 32-33, nota 29, e TELES DE MENEZES, L. M., *Direito da Insolvência*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 101-102, nota 138).

Como bem sublinha o acórdão em análise, a limitação da «competência dos tribunais de comércio para conhecer dos processos de insolvência relativamente às sociedades comerciais ou às massas insolventes que integrassem uma empresa, vinha efectivamente contemplada no correspondente art. 89, n.º 1, al. a)» LOFTJ; «mas semelhante limitação não foi transposta para a nova Lei de Organização Judiciária, sendo manifesta a intenção do legislador de atribuir aos tribunais de comércio, na área territorial pelos mesmos abrangida, o conhecimento da matéria conexcionada com a insolvência das pessoas singulares ou colectivas». Por isso, conclui o acórdão que, para a declaração de insolvência de uma associação sem fins lucrativos (como ocorre na situação visada pelo acórdão) ou de qualquer outra entidade abrangida pelo art. 2.º, n.º 1 do CIRE, «não decorrendo qualquer limitação do aludido art. 128.º, n.º 1, alínea *a*) da LOSJ, no aspeto que vimos analisando», são competentes, em razão da matéria, os juízos do comércio.

5. O acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto decidiu em conformidade com o regime consagrado na atual Lei de Organização do Sistema Judiciário

(cfr., *maxime*, art. 81.º, n.º 2, alínea *f*) e art. 128.º, n.º 1, alínea *a*) da LOSJ), contribuindo para a superação de uma discussão que se deve considerar ultrapassada, em definitivo, face ao disposto no art. 128.º da LOSJ, e consolidando o entendimento segundo o qual os juízos de comércio são competentes, em razão da matéria, para tramitar e julgar todos os processos de insolvência, independentemente da natureza da entidade sobre a qual incide a declaração de insolvência.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 261-267
ISSN: 1130-2682

ESPECIFICIDADES DO DIREITO DE DEMISSÃO
NAS COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO. ANOTAÇÃO
AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE
LISBOA DE 9 DE NOVEMBRO DE 2017

*SPECIFICITIES OF THE DUTY OF WITHDRAWAL IN HOUSING
COOPERATIVES. NOTES TO THE JUDGEMENT OF THE
COURT OF LISBON, OF THE 9TH NOVEMBER 2017*

DEOLINDA MEIRA*

* Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CEOS.PP. Correio eletrónico: meira@iscap.ipp.pt. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL.

1 O LITÍGIO

Em 1998, a Autora tornou-se membro de uma cooperativa de habitação, tendo pago a taxa de inscrição e as quotas mensais. Em 2012 e 2013, a Autora subscreveu dois acordos de transferência de posição entre cooperativas, o último dos quais para a Ré, o qual incluía uma cláusula prevendo as condições de desistência do programa habitacional. Especificamente, o art. 8.º, n.º 4, dos Estatutos da Ré, tem o seguinte teor: “Aos membros excluídos ou demitidos serão restituídos no prazo máximo os títulos de capital realizados. Outros valores aplicados a que tiverem direito até à data da sua exclusão ou demissão serão liquidados logo que a Cooperativa encontre um cooperador substituto.” Acresce que, do referido acordo de transferência de posição celebrado entre a Autora e a Ré, constava uma cláusula (cláusula 4.ª) que condicionava o reembolso dos títulos de participação à existência de um cooperador substituto ou ao preenchimento do lugar da Autora por outro cooperador suplente ou, na sua ausência, por cooperador indicado pela Autora, e após este realizar a totalidade da quantia a restituir.

De 1998 a 2013, a Autora realizou entregas no valor global de 35.299,24 EUR às duas anteriores cooperativas, integralmente transferidos para a Ré. Em 26 de fevereiro de 2015, a Autora comunicou à Ré a sua desistência de cooperadora, mas nunca lhe foram restituídos os títulos de participação entregues, no valor de 18.000,00 EUR.

A Ré apresentou os seguintes fundamentos para a recusa: (i) a validade dos seus estatutos, os quais foram registados na Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES), sem que esta entidade tenha questionado a validade dos mesmos; (ii) a validade da cláusula do acordo de transferência de posição; (iii) a Autora nunca lhe entregou qualquer quantia; (iv) a Autora apenas detinha um potencial crédito que seria descontado ao preço final do fogo que resolvesse adquirir.

O Tribunal de primeira instância julgou a ação improcedente, com fundamento em abuso de direito por parte da Autora, com a conseqüente absolvição da Ré dos pedidos. Concretamente, o Tribunal de primeira instância chegou à conclusão de que a Autora excedeu manifestamente os limites da boa-fé ao provocar a confiança da Ré na “manutenção da situação jurídica”, ou seja, na não exigência dos títulos em conformidade com o que ficara contratualmente estabelecido no acordo de transferência celebrado entre ambas. Não obstante, o Tribunal considerou feridos de nulidade o mencionado art. 8.º, n.º 4, dos Estatutos da Ré, bem como a cláusula 4.ª do acordo de transferência, por violarem o art. 24.º do Regime Jurídico das Cooperativas de Habitação e Construção, que prevê o reembolso sem

condicionantes (a não ser pagamento em prestações previsto nos estatutos) dos títulos de participação.

Inconformada, a Autora interpôs recurso desta decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa, o qual proferiu um Acórdão, em 9 de novembro de 2017, que julgou o recurso precedente.

Invoca o Tribunal da Relação de Lisboa que o art. 36.º, n.º 3, do Código Cooperativo, aprovado pela L. n.º 51/96, de 7 de setembro, aplicável por remissão do n.º1 do art. 24.º do Regime Jurídico das Cooperativas de Habitação (DL n.º 502/99, de 19 de novembro), previa a restituição ao cooperador que se demitisse do montante dos títulos de capital realizados segundo o seu valor nominal “no prazo estabelecido pelos estatutos ou, supletivamente, no prazo máximo de um ano”.

É sobre este Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que nos iremos debruçar nesta Anotação.

Dado que o Acórdão em comentário decidiu o litígio à luz das normas jurídicas constantes do já revogado Código Cooperativo de 1996 (L. n.º 51/96, de 7 de setembro), será à luz de tais disposições que também será desenvolvida a anotação¹.

2 ANOTAÇÃO

A questão fulcral discutida neste Acórdão prende-se com o regime jurídico do direito de demissão e conseqüente direito ao reembolso numa cooperativa de habitação, nomeadamente a questão de saber da admissibilidade de estabelecer condicionantes a estes direitos.

Nesta anotação procuraremos responder às duas questões centrais do Acórdão: (i) A demissão da Autora da qualidade de membro da Cooperativa - Ré constitui esta na obrigação de devolução imediata dos valores entregues pela Autora, a título de poupanças obrigatórias? (ii) Será possível o diferimento da devolução desse valor para o momento da rentabilização do programa ou para momento em que outro cooperador ocupe o seu lugar ou por substituição de um novo cooperador que ocupe o seu lugar?

2.1. O direito subjetivo de demissão: fundamentos e consequências

O direito de demissão é um direito subjetivo dos cooperadores, o qual constitui uma especificidade do regime jurídico das cooperativas.

Este direito é uma das manifestações do princípio cooperativo da adesão voluntária e livre (art. 3.º do CCoop). Na verdade, este princípio relaciona-se não apenas com a adesão de cooperadores (art. 31.º do CCoop) mas também com a

¹ - Em 30 de setembro de 2015, entrou em vigor o atual Código Cooperativo (L. n.º 119/2015, de 31 de agosto).

saída destes da cooperativa. Ao abrigo deste princípio cooperativo reconhece-se ao cooperador a liberdade de se demitir da cooperativa em qualquer momento e por sua iniciativa.

A liberdade de o cooperador se demitir da cooperativa conflitua com o interesse da cooperativa em não ver diminuído o seu número de membros e, consequentemente, o seu capital social, pois a demissão do cooperador tem como consequência económica o reembolso da sua entrada de capital (art. 36.º, n.º 3, do CCoop). Acresce que a demissão do cooperador da cooperativa poderá implicar uma diminuição do volume da atividade económica desenvolvida com os cooperadores, no quadro da relação mutualista (Gemma Fajardo-García, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 236).

Neste contexto, e de forma a conseguir a conciliação entre estes interesses, o legislador permite que se consagrem regras estatutárias: que difiram o pagamento das prestações a que tenham direito os cooperadores que se demitam; que condicionem a saída a um aviso prévio ou a limites epocais, no decurso de cada ano; ou que estabeleçam que o direito de demissão só poderá ser exercido depois de decorrido um certo número de anos sobre a data da adesão.

Estas regras e condições para o exercício do direito de demissão, previstas estatutariamente (art. 15.º, n.º 2, al. a), do CCoop), poderão limitar, mas nunca suprimir, o direito de demissão, pois só assim se respeita o princípio cooperativo da adesão voluntária e livre (art. 3.º do CCoop).

2.2. O condicionamento estatutário do direito de demissão

O art. 36º, n.º 1, do CCoop, estabelece que os cooperadores podem solicitar a sua demissão, nas condições estabelecidas nos estatutos ou, no caso de estes serem omissos, no fim de um exercício social, com pré-aviso de 30 dias.

Entre as condições de demissão previstas estatutariamente destaca-se a possibilidade de estabelecer prazos mínimos de permanência, que constam, inclusivamente, de alguns diplomas aplicáveis aos ramos cooperativos relativos ao crédito, ao setor agrícola e à habitação, tal como veremos.

Note-se que esta possibilidade de exigir, estatutariamente, prazos mínimos de permanência relaciona-se, sobretudo, com a obrigação de participação do cooperador na atividade da cooperativa (art. 34.º, n.º 2, al. c), do CCoop). Efetivamente, quando o cooperador se demite da cooperativa deixa de estar obrigado a participar na referida atividade, o que poderá implicar uma redução da capacidade económica da mesma.

Por este motivo, e tendo em conta o quadro da relação mutualista que une o cooperador e a cooperativa, o legislador concede às cooperativas duas possibilida-

des que garantam essa capacidade económica: (i) permitir que a cooperativa exija estatutariamente a permanência dos cooperadores por determinados períodos de tempo; (ii) permitir que as obrigações relacionadas com a atividade económica da cooperativa possam estender-se para além da relação cooperativa, ou seja, apesar da saída do cooperador, este será obrigado ao cumprimento da atividade económica a que se comprometeu (Gemma Fajardo-García, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, cit., pág. 236; e Deolinda APARÍCIO Meira, *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Vida Económica, Porto, 2009, págs. 124 e ss).

Esta extensão da relação mutualista, para além da relação cooperativa, dá-se nas cooperativas de habitação.

A participação na atividade económica neste tipo de cooperativas implica a entrega de fundos necessários para a construção da habitação. Ora, o art. 24.º do DL n.º 502/99, de 19 de novembro, estabeleceu que, nas cooperativas de habitação e construção, o cooperador, em caso de demissão ou exclusão, terá direito ao reembolso previsto no CCoop (reembolso dos títulos de capital), acrescido do valor dos títulos de participação realizados para amortização da habitação, com os respetivos juros. Acrescentou, ainda, que os estatutos poderão prever que tal reembolso se faça em prestações, com ou sem juros. Contudo, “em caso algum serão reembolsadas as quantias pagas a título de preço do direito de habitação”. Esta proibição deverá ser interpretada no sentido de que a cooperativa reterá essas quantias até que outra pessoa (um cooperador suplente ou um novo cooperador) ingresse na posição do cooperador cessante. Enquanto tal não acontecer ou se não acontecer, a cooperativa ficará com os montantes já prestados pelo cooperador desistente.

Esta é a solução adotada na *Ley Estatal de Cooperativas* espanhola, no seu art. 89.º, n.º 5, ao estabelecer que os montantes entregues pelo cooperador para financiar o pagamento das habitações deverão ser reembolsados no momento em que seja substituído, nos seus direitos e obrigações, por outro cooperador.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de setembro de 2017 (Processo n.º 464/13.2TJLSB.L1-1), afirma-se que: “I. – As posições jurídicas decorrentes da participação em programa habitacional de cooperativa de habitação, porque do domínio da atividade cooperativa e não do domínio da pura atividade comercial de construção e venda de imóveis, regulam-se pelo Código Cooperativo e legislação complementar; II. – A adesão a um projeto habitacional importa uma adesão firme, não sendo a desistência individual causa de exoneração das responsabilidades assumidas nem da restituição do já prestado”. Neste Acórdão refere-se, ainda, que, em caso de demissão do cooperador (que desiste, por isso, do programa habitacional), a não restituição dos quantitativos já prestados pelo desistente (que até já poderão ter sido utilizados na realização de despesas inerentes ao programa) não configura um enriquecimento sem causa. Afirma-se, no ci-

tado Acórdão, que “Esse enriquecimento só se poderá concretizar a final aquando da liquidação do projeto habitacional. Só na medida em que o projeto habitacional tenha logrado ultrapassar os efeitos negativos da desistência, cobrindo o prejuízo daí adveniente, é que haverá, verdadeiramente, um enriquecimento do projeto habitacional à custa do desistente”.

Na mesma linha, nas cooperativas agrícolas, o legislador permite que estas estabeleçam nos estatutos “condicionamentos às demissões dos cooperadores, tendo em conta o respeito e o cumprimento de compromissos, nomeadamente financeiros, assumidos pela cooperativa durante o período de vinculação desse cooperador” (art. 8.º do DL n.º 335/99, de 20 de agosto). Entre estes condicionamentos inclui-se o estabelecimento de um período mínimo de permanência na cooperativa. Pretender-se-á, deste modo, compatibilizar o direito do cooperador a demitir-se da cooperativa com a necessidade de esta conhecer e manter a sua capacidade económica.

Destaque-se, ainda, as cooperativas de crédito para as quais o legislador estabeleceu um prazo mínimo de permanência de, pelo menos, três anos, a contar da adesão do cooperador², permitindo, assim, ao órgão de administração suspender o reembolso se este for suscetível de causar problemas graves à cooperativa³ ou condicionar a eficácia da exoneração à prévia satisfação pelo cooperador de todos os seus compromissos para com a cooperativa⁴.

3 A DECISÃO

Com este enquadramento, e face aos factos vertidos no Acórdão, não acompanhamos o entendimento de que as cláusulas de demissão previstas quer nos Estatutos da Ré quer no acordo de transferência de posição preveem condições de reembolso contrárias à legislação cooperativa.

Sendo assim, a demissão da Autora da qualidade de membro da Cooperativa Ré não constitui esta na obrigação de devolução imediata dos valores entregues pela Autora, a título de poupanças obrigatórias, sendo possível o diferimento da devolução desse valor para o momento da rentabilização do programa ou para momento em que outro cooperador ocupe o seu lugar o por substituição de um novo cooperador que ocupe o seu lugar.

² - Neste sentido, refiram-se os arts. 17.º, n.º 3, al. b) e 68.º, n.º 1, do *Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo* (DL n.º 24/91, de 11 de janeiro).

³ - V. o art. 17.º, n.º 4, al. a), do *Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo*.

⁴ - V. o art. 68.º, n.ºs 3 e 4, do *Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo*.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 269-280
ISSN: 1130-2682

VENCIMENTO DO DIREITO DO COOPERADOR AO
RETORNO. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE COIMBRA DE 09.05.2017

*EXPIRATION OF COOPERATOR'S RIGHT TO
RETURN. ANNOTATION OF THE DECISION OF THE
COIMBRA COURT OF APPEAL OF 09.05.2017*

CAROLINA CUNHA*

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pátio da Universidade, 3004-528 Coimbra, Portugal; Correio eletrónico: ccunha@fd.uc.pt

1 SÍNTESE DO LITÍGIO ENTRE O COOPERADOR E A COOPERATIVA

Um membro de uma cooperativa agrícola de produtores de fruta intentou uma acção judicial para conseguir o pagamento, pela cooperativa, da contrapartida correspondente às entregas de peras e maçãs que havia realizado durante a campanha de 2010-2011¹, acrescida dos juros de mora já vencidos à data da propositura da acção, bem como dos juros que viessem a vencer na respectiva pendência.

Contrapôs a Cooperativa que o crédito em questão existia, mas que não estava vencido nem seria exigível, pois os créditos que os cooperadores “receberam” no final da campanha apenas viriam a ser pagos em função das condições financeiras da cooperativa, mediante decisão dos seus órgãos, a qual ainda não havia ocorrido.

Entretanto, na pendência da acção, a Cooperativa acabou efectivamente por pagar uma parte do valor exigido² - em virtude de uma decisão tomada pela Direcção e ratificada pela Assembleia Geral, que previa igualmente que o remanescente seria liquidado logo que a cooperativa reunisse condições.

O Tribunal de primeira instância acolheu em boa medida a pretensão do cooperador quanto ao pagamento da quantia em dívida, apenas *deduzindo* o valor entretanto pago pela Cooperativa e aplicando a taxa de juro civil (4%) em lugar dos juros comerciais peticionados³. Note-se, contudo, que a contagem de juros foi feita a partir da data da citação, por considerar que se estava em presença de uma *obrigação sem prazo*, a qual se havia vencido somente com a interpelação para cumprir.

O Tribunal da Relação de Coimbra sufragou este entendimento, considerando que a obrigação de pagar se havia constituído por decisão da Assembleia Geral, embora não se encontrasse sujeita a qualquer prazo – seria uma *obrigação pura*, submetida ao regime do art. 777º1, CCiv. A decisão da Direcção da Cooperativa sobre o tempo e modo de pagamento dos créditos (ou seja, a decisão de que a cam-

¹ Campanha que teve início a 01.08.2010 e termo a 31.07.2011.

² Em concreto, procedeu em 19.09.2016 ao pagamento de € 5.443,83 dos €9.073,08 (acrescidos de juros) que o cooperador havia reclamado em juízo.

³ O que me parece correcto, desde logo porque o cooperador, enquanto agricultor, não é titular de empresa comercial, como requer o art. 102º §3 CCom. – a agricultura está expressamente excluída da comercialidade pelos arts. 230º, §2 e 464º, 2º, CCom. Quanto aos juros previstos no art. 4º do DL n.º 62/2013, de 10 de Maio (que remete para o art. 102º § 5º CCom.; antes deste diploma, idêntico regime constava do DL 32/2003, de 17 de Fevereiro), e em face do que adiante se dirá sobre a qualificação da operação de entrega da fruta, parece-me muito duvidoso que o direito ao retorno consubstancie um pagamento efectuado “como remuneração de uma transação comercial” (art. 1º), definida nos termos do art. 3º, b).

panha de 2010/2011 seria paga logo que houvesse disponibilidade para o efeito) não afectaria a sua exigibilidade, consubstanciando uma simples escolha do órgão executivo quanto a prioridades de pagamento. Por conseguinte, a obrigação ter-se-á vencido com a interpelação para cumprir feita através da citação (art. 805º1, CCiv.).

Com interesse para a apreciação do pleito, registre-se, ainda, que foi emitido e entregue pelo cooperador à Cooperativa um documento denominado *fatura*, com data de 31.07.2011, no qual foi inscrita a designação “pagamento da campanha 2010/2011” e o valor de €9.0773,08 (exactamente aquele que o cooperador veio reclamar a juízo, adicionado de juros), acrescido de IVA no valor de €544,38; o valor do IVA foi efectivamente pago pela Cooperativa ao cooperador⁴.

2 O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA ENTREGA DE FRUTA PELO COOPERADOR À COOPERATIVA

O crédito reclamado em juízo pelo cooperador emerge de uma entrega de fruta à Cooperativa, que aquele defende consubstanciar um *fornecimento ou uma venda* e que esta considera constituir uma *entrega em cumprimento de obrigação estatutária*.

Uma vez que se trata de uma *cooperativa agrícola*, que “tem por objeto principal efetivar as operações consistentes no apoio à produção, receção, tratamento, frigorificação e comercialização, respeitantes à natureza dos produtos, hortícolas e frutícolas, provenientes das explorações dos cooperadores”⁵, parece claro que estamos no âmbito daquilo que a doutrina designa por *actividade cooperativizada*: entre a cooperativa e os cooperadores estabelece-se um intercâmbio recíproco de prestações, enquadradas no objecto social⁶, que dá corpo à *ideia mutualista* caracterizadora destas organizações⁷, ou seja, à cooperação e entreaajuda que lhes permite satisfazer as necessidades e aspirações – no caso, sobretudo económicas – dos membros (cfr. a noção de cooperativa plasmada o art. 2º do CCoop.).

⁴ Na oposição deduzida pela Cooperativa, afirma-se que “em 2011 a Ré atravessava dificuldades financeiras, pelo que os seus órgãos deliberaram não pagar a qualquer cooperador créditos da campanha de 2010-11, apenas o imposto lançado nas faturas”.

⁵ Cfr. n.º 1 da matéria de facto.

⁶ Cfr. Meira, Deolinda Aparício, “Anotação ao art. 100º”, *Código Cooperativo Anotado*, coord. Deolinda Meira e Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, (no prelo), anot. n.º 2.

⁷ Vargas Vasserot, Carlos, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios e con terceros*, Editorial Aranzadi, 2006, p. 57 e 60. Sobre o escopo mutualista como distinto do escopo lucrativo e do escopo não lucrativo, partilhando embora traços de ambos, ver a interessante análise de Fici, Antonio, “The Essential Role of Cooperative Law”, *The Dovenschmidt Quarterly*, 2014, p. 147-158, p. 150, ss.

As cooperativas agrícolas, como a que protagoniza o litígio em análise, integram o *ramo* previsto na al a) do art. 4º CCooP. e podem qualificar-se como *cooperativas de comercialização* – aquelas que “por um lado, prestam serviços de distribuição e inclusive, por vezes, facilitam aos membros produtos relacionados com esses serviços”, mas, “por outro, levam a cabo um actividade de oferta ao mercado e inclusive de transformação do aportado pelos membros”⁸. Numa qualificação mais abrangente, surgem também (e amiúde) catalogadas como *cooperativas de produção*, já que são formadas por “pessoas interessadas em fornecer determinados bens ou serviços e vão por isso dirigidas a adquirir dos seus membros esses bens ou serviços, com vista a posteriormente os transformar, processar, comercializar ou vender”⁹.

Neste contexto, a entrega da fruta pelos agricultores à cooperativa de que são membros constitui actividade cooperativizada no *sentido mais rigoroso* da expressão: é uma operação *interna* (ocorre no seio da cooperativa), realizada *entre* a cooperativa e o seu membro e *intimamente ligada* ao objecto estatutário; constitui a “razão de ser” da cooperativa para os membros que a decidiram formar¹⁰. Distingue-se, portanto, das actividades económicas de mero carácter *instrumental*, embora necessárias à consecução da finalidade estatutária, as quais podem inclusivamente realizar-se com terceiros – v.g., a venda da fruta. E corporiza o importante princípio cooperativo da *participação económica do cooperador*, que está no cerne da relação mutualista¹¹ e recebe consagração como verdadeiro *direito do cooperador* no art. 21º1, a) do CCooP.

A entrega da fruta não pode ser qualificada, portanto – como pretende o cooperador – como prestação efectuada ao abrigo de um vulgar contrato de compra e venda ou de fornecimento; ela promana de outra relação jurídica, a que podemos

⁸ Como sublinha Vargas Vasserot, *cit.*, p. 71, notando que a primeira característica as aproxima das cooperativas de consumo e a segunda das cooperativas de produção; o Autor classifica expressamente as cooperativas agrícolas como cooperativas de comercialização.

⁹ FICI, *cit.*, p. 151.

¹⁰ Aplico os critérios sugeridos por Vargas Vasserot, *cit.*, p. 68 – autor cujas categorias seguimos de perto no texto. Em sentido coincidente, FICI, *cit.*, p. 151: nas cooperativas de produção, de que são exemplo as cooperativas agrícolas, “a actividade cooperativa em sentido estrito é a aquisição de bens ou serviços aos membros, que são, portanto, membros-fornecedores, ao passo que todas as outras actividades (v.g., processamento e escoamento dos bens, ou a contratação de pessoas para o fazer) constituem simples meios de a tornar possível”. Também Meira, Deolinda Aparício, “Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário”, II Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2012, p. 355-376, p. 359, esclarece que, no caso de uma cooperativa agrícola, a realização do objecto social da cooperativa implicará a entrega de bens pelos cooperadores.

¹¹ Sobre este princípio Vargas Vasserot, *cit.*, p. 75. Como nota Fici, *cit.*, p. 152, uma das especificidades das cooperativas enquanto organizações consiste na “dupla qualidade” dos seus membros, que são simultaneamente *membros* da organização e *utilizadores* da empresa explorada por essa organização.

chamar *relação mutualista ou cooperativizada*¹². Tal enquadramento, todavia, não significa que se afaste, de plano, a eventual contribuição do regime jurídico dos referidos contratos para a sua disciplina.

Com efeito, debate-se na doutrina a questão da *natureza jurídica* destas relações mutualistas ou, mais, especificamente, das “transacções cooperativas”¹³ que as integram: emergem de *contratos autónomos*, que se distinguem do contrato social fundador da cooperativa (realizando-se, portanto, o fim mutualista com base em diferentes e sucessivos negócios jurídicos com os membros) ou, pelo contrário, consubstanciam a *própria relação de socialidade*¹⁴ (não existindo, assim, uma pluralidade de contratos, mas apenas o contrato fundador, do qual promanam)¹⁵?

A resposta será certamente influenciada pelos dados (sobretudo, legais) de cada ordenamento jurídico¹⁶ e pelo tipo de cooperativa em análise¹⁷, mas tem importantes consequências práticas¹⁸⁻¹⁹. Se as relações mutualistas forem consideradas *relações contratuais*, aplicar-se-á, em primeira linha, o regime geral e

¹² Vargas Vasserot, *cit.*, p. 105. Distinguindo dois tipos de relações entre a cooperativa e os seus membros – a *relação organizacional* (emergente da sua qualidade de membros e, normalmente, das contribuições que fazem para o capital social) e a *relação transaccional* (decorrente de serem fornecedores, consumidores ou trabalhadores da empresa cooperativa), Fici, *cit.*, p. 153.

¹³ A expressão é de Fici, *cit.*, p. 154.

¹⁴ É comum, como se sabe, por razões históricas e normativas, o direito cooperativo “tomar de empréstimo” alguma terminologia societarista.

¹⁵ A questão é enunciada e amplamente discutida por Vargas Vasserot, *cit.*, p. 106 (onde colhemos muitas das ideias expostas no texto).

¹⁶ Assim Fici, *cit.*, p. 154-155. Vejam-se as normas (analisadas por Vargas Vasserot, *cit.*, p. 126, ss.) dos ordenamentos jurídicos italiano e francês, que apontam no sentido da “tese contratualista”, e a prevalência da “tese societarista” nos ordenamentos jurídicos alemão e espanhol, bem como nos ibero-americanos. Cfr. todavia, a interessante crítica de Hiez, David, *Coopératives: création, organisation, fonctionnement*, Éditions Delmas, Paris, 2013, p. 234-235 à qualificação como compra e venda da relação jurídica entre um agricultor e a cooperativa a que pertence.

¹⁷ Por exemplo, como nota Vargas Vasserot, *cit.*, p. 107, nas cooperativas de consumo em sentido estrito, cooperativas de crédito ou cooperativas de seguros, a obtenção da vantagem mutualista *exige normalmente* a celebração de contratos distintos e sucessivos (de compra e venda, bancários, de seguros).

¹⁸ Seguimos a exposição de Vargas Vasserot, *cit.*, p. 130.

¹⁹ Há inclusive quem defenda – assim Fici, *cit.*, p. 154-155 – que, atendendo à sua crucial função no seio de uma cooperativa, as transacções cooperativas devem ser alvo de uma *disciplina específica*, em particular no que toca à *medida em que quer a cooperativa, quer os seus membros, estão reciprocamente obrigados a transacionar*. Embora advogue que a conformação dessa disciplina deve ser deixada aos estatutos, considera que cabe à *lei* impor-lhes que estabeleçam um *patamar mínimo* para a obrigação de os cooperadores transacionarem com a cooperativa (identificando o importante “problema dos membros inactivos” nas cooperativas agrícolas) e relembra a necessidade de respeitarem o princípio da igualdade. É aliás, a especificidade das transacções cooperativas, quando confrontadas com as vulgares transacções de mercado, que leva o autor (p. 154-155) a *subtraí-las* à esfera do direito geral dos contratos – a sua disciplina deve encontrar-se primordialmente na lei cooperativa e nos estatutos,

particular dos contratos, bem como o que for concretamente pactuado entre o cooperador e a cooperativa; salvo acordo expresso das partes, a vontade da cooperativa, manifestada pelos respectivos órgãos, não terá um papel relevante. Já se se tratar de *relações de socialidade*, serão conformadas pelo disposto na lei, nos estatutos e nos regulamentos internos da cooperativa, podendo ser afectadas pelas decisões dos órgãos cooperativos. Aqui, portanto, só subsidiariamente se poderão aplicar, e por analogia, normas do regime do contrato que maiores afinidades possua com a actividade cooperativizada; aqui também, embora existente, a margem para a celebração de acordos *ad hoc* entre o cooperador e a cooperativa terá de respeitar os princípios cogentes do direito cooperativo, com particular destaque para o princípio da igualdade de tratamento.

No caso concreto, no contexto do direito português²⁰ e atendendo ao tipo de cooperativa em causa²¹, parece-me mais adequada a qualificação da relação mutualista como uma *relação de socialidade*. Isto significa que, perante um conflito entre o cooperador e a cooperativa – como sucede *in casu* quanto ao momento da exigibilidade do pagamento –, a aplicação do regime cooperativo pode conduzir à *prevalência* da vontade cooperativa (formada nos órgãos competentes) sobre a vontade individual – *v.g.*, modificando prazos de pagamento, ou aprovando uma cláusula *cum potuerit* (artigo 778º1, CCiv.); resta ao cooperador descontente alicerçar a sua reacção nos instrumentos específicos que a lei coloca ao seu dispor, tais como a impugnação de deliberações, acções de responsabilidade ou, mesmo, apresentação da respectiva demissão²².

Em suma: as entregas de fruta constituem aquilo que a doutrina designa por “capital mutualista” ou “massa de gestão económica”, necessários para o desenvolvimento da actividade cooperativizada e que, “no caso das cooperativas agrícolas, supõe uma forma habitual de participação do sócio na dita actividade” – participação que constitui tanto uma obrigação (art. 22º2, c) CCoop.) como um direito (art. 21º1, a) CCoop.)²³. Sob esta luz, portanto – e mobilizando a lei

e só residualmente noutras fontes –, advertindo, todavia, para a necessidade de respeitar eventuais normas gerais imperativas de protecção.

²⁰ O CCoop. prevê que os estatutos das cooperativas regulem os direitos e deveres dos cooperadores (art. 16º, 2 a), entre os quais se inclui o direito de participação económica (art. 21º1, a) bem como a distribuição dos excedentes (art. 16º, 2, e); estabelece, ainda, como dever dos cooperadores, participar nas actividades da cooperativa nos termos estabelecidos nos estatutos (art. 22º2, c) – o que me parece denotar uma inclinação para a tese da relação mutualista

²¹ Por se tratar de uma cooperativa agrícola e porque os próprios estatutos estabelecem (segundo temos notícia pelas alegações reproduzidas no Acórdão) a obrigação de os cooperadores entregarem a fruta à cooperativa. Sobre este ramo do sector cooperativo, cfr. o DL n.º 335/99, de 20 de agosto, alterado pelo DL n.º 23/2001, de 30 de Janeiro.

²² Como bem destaca Vargas Vasserot, *cit.*, p. 130-131.

²³ Rodríguez Miguez, María Jesús, “A entrega de bens à cooperativa. Sobre as possíveis relações de um sócio com a sociedade cooperativa (Acórdão do Tribunal Supremo de 28 de Maio de 2002”,

cooperativa, os estatutos e as decisões dos órgãos sociais competentes – deverá ser analisada a *operação* que cooperador realizou com a Cooperativa e, em particular, o cerne do conflito entre as partes: *o momento da exigibilidade do pagamento* que à Cooperativa caberia realizar na sequência da entrega da fruta.

3 O CRÉDITO DO COOPERADOR E A OBRIGAÇÃO DA COOPERATIVA: CONSTITUIÇÃO E VENCIMENTO

Ora, em face do que acabamos de ver, parece claro que o pagamento que está em causa na situação *sub judice* diz respeito ao chamado *retorno do excedente cooperativo*, previsto e regulado – ainda que em termos bastante lacónicos – no art. 101º CCoop. A norma prevê que os *excedentes anuais líquidos* (depois de efectuadas certas operações e observadas certas cautelas²⁴) “poderão retornar aos cooperadores”.

Como ensina Deolinda Meira, “o excedente cooperativo corresponde à diferença entre as receitas e os custos da actividade cooperativizada com os membros”; trata-se, no caso, de “um valor provisoriamente pago [...] a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida pela participação destes na actividade cooperativa”²⁵. O retorno constitui, portanto, o *instrumento técnico de atribuição do excedente* ao cooperador: “funcionará, deste modo, como uma correção a posteriori, através da qual se devolverá, a quem formou o excedente, a diferença entre o preço praticado e o custo”, diferença que será “determinada com exatidão no final de cada exercício”²⁶. A distribuição do retorno será feita “*em função e proporcionalmente* às atividades ou operações efetuadas com a cooperativa de que são membros” – ou seja, no caso das cooperativas agrícolas, em correspondência com o valor dos produtos entregues²⁷.

Tem-se entendido que, na falta de critério substancial explícito na lei – o CCoop. apenas consagra, no seu art. 3º, sob a égide do princípio da participação económica dos membros, a genérica orientação de que a repartição dos exceden-

Jurisprudência cooperativa comentada - obra coletiva de comentários e acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola, coord. Deolinda Aparício Meira, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 233-238, p. 237.

²⁴ Previstas nos n.ºs 1 e 2 da norma - sobre o ponto, cfr. Meira, Deolinda Aparício, “O regime jurídico do excedente cooperativo (Anot ao Acórdão do STJ de 17 de Outubro de 2002)”, *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários e acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, coord. Deolinda Aparício Meira, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 359-374, p. 364-365. Para específicas demonstrações sobre o cálculo do retorno (no direito italiano), Cavallaro, A./ Lapponi, L./ Micheletti, L. - *Società cooperative*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 425, ss.

²⁵ MEIRA, “Anotação”, *cit.*, n.º 2.

²⁶ MEIRA, “Anotação”, *cit.*, n.º 3.

²⁷ *Idem, ibidem*.

tes será feita “em benefício dos membros na proporção das suas transações com a cooperativa” – caberá aos estatutos, aos regulamentos internos e às assembleias gerais das cooperativas definir *critérios para a repartição dos excedentes*²⁸.

Note-se, todavia, que os dados legais *não permitem reconhecer um verdadeiro direito subjectivo ao retorno do excedente*, ou seja, “um direito (concreto) a exigir a aplicação de parte dos excedentes como retorno”²⁹. Do princípio da participação económica dos membros, consagrado no art. 3º CCoop. , já decorre que o retorno é apenas *um dos três destinos* admitidos para os excedentes³⁰, mas o art. 100º1 CCoop. reforça decisivamente esta ideia com a escolha da formulação “*poderão retornar*”. Assim, “havendo resultados positivos no exercício, será inequívoco o espaço de discricionariedade de que disporá a assembleia geral quanto à aplicação dos mesmos”³¹ – é justamente uma das competências atribuídas por lei a este órgão cooperativo (art. 38º, f) CCoop. : “aprovar a forma de distribuição dos excedentes”).

Acresce, até por maioria de razão³², que a distribuição dos excedentes a título de retorno *não é automática: requer uma deliberação da assembleia geral*, tomada pela maioria dos votos emitidos (a menos que haja outro quórum deliberativo fixado pelos estatutos - cfr. os arts. 32º2 e 40º2 CCoop.), a qual é normalmente precedida da aprovação das contas do exercício³³.

Aplicando esta moldura normativa ao caso em apreço, parece ter existido uma *deliberação da assembleia geral* que aprovou, juntamente com as contas da campanha de 2010-2011, a distribuição do excedente a título de retorno, fixando o montante que deveria ser pago a cada cooperador. Tanto foi assim que os cooperadores subsequentemente emitiram e entregaram à Cooperativa facturas das quais constava esse montante, tendo a Cooperativa decidido pagar apenas o IVA relativo a cada transacção.

²⁸ Meira, Deolinda, “O regime jurídico do excedente cooperativo”, *cit.*, p. 369-370. Em França, onde o regime geral é semelhante, a repartição do excedente nas cooperativas agrícolas é, todavia, alvo de uma disciplina mais detalhada, como relata HIEZ, *cit.*, p. 222.

²⁹ Meira, Deolinda, “O regime jurídico do excedente cooperativo”, *cit.*, p. 371.

³⁰ Que podem também, alternativa ou conjuntamente, ser destinados ao desenvolvimento das cooperativas, eventualmente através da criação de reservas, bem como ao apoio a outras atividades aprovadas pelos membros.

³¹ Meira, Deolinda, “O regime jurídico do excedente cooperativo”, *cit.*, p. 371-372. Claro que “não poderá recusar-se a distribuição dos excedentes sem mais e, também, não poderá fundar-se a recusa em motivos extrassociais”, além do necessário respeito pelo princípio da paridade de tratamento e pela proibição geral do abuso de direito; seja como for, os cooperadores justificadamente descontentes têm sempre a possibilidade de impugnar a deliberação de aplicação dos excedentes – *idem, ibidem*, p. 372-373.

³² E à semelhança do que sucede nas sociedades comerciais quanto à distribuição de lucros – cfr. art. 31º1 CSC.

³³ Realçando este ponto, Meira, Deolinda, “Revisitando o problema...”, *cit.*, p. 362-363.

A partir desse momento – em 2011, portanto³⁴ – o excedente converteu-se em retorno e o cooperador tornou-se *titular de um direito de crédito sobre a cooperativa*³⁵. Perguntar-se-á: qual o grau de vulnerabilidade deste crédito a subsequentes decisões da assembleia geral? Deve admitir-se que “não existindo pacto especial entre as partes, nem regra estatutária específica, as deliberações validamente adoptadas pela Assembleia Geral, enquanto órgão supremo de expressão da vontade social, são ‘lei entre as partes’”, pelo que a eventual aprovação de um pacto de não pedir “obrigava todos os sócios e associados (inclusivamente os dissidentes e os que não tivessem participado na reunião), era plenamente eficaz” e tornava inexigível o pagamento dos montantes estabelecidos³⁶? Ou, pelo contrário, qualquer “eventual deliberação da assembleia geral no sentido de condicionar, restringir ou revogar a referida distribuição [dos excedentes] *será considerada nula*”, porque, apesar de ter a sua origem na qualidade de cooperador, o direito ao retorno “autonomiza-se dela, assumindo o carácter de *direito extracorporativo*, pelo que não poderá ser afectado contra a vontade do cooperador” (tal como sucede com o direito societário ao dividendo)³⁷ – quando muito, a assembleia geral “poderá determinar a retenção temporária de parte dos retornos individuais”, para “obviar à falta de capitais próprios suficientes”, mas este “diferimento do retorno constituirá um *empréstimo do cooperador à cooperativa*, devendo, por isso, *ser consentido* pelo cooperador”, por aplicação do art. 294º² CSC na sequência da remissão do art. 9º CCoop.³⁸

A questão é interessante e susceptível de chamar à colação a discussão em torno dos pontos de contacto ou fricção entre *os conceitos de lucro e de excedente*³⁹, mas não carece de ser respondida para a solução do caso em apreço. Como o Tribunal da Relação de Coimbra bem observa, a decisão de não pagar aos coope-

³⁴ Não temos notícia da data da deliberação de aprovação das contas e retorno dos excedentes, mas sabemos que a factura, no litígio em análise, foi emitida em 31.07.2011.

³⁵ Meira, Deolinda, “O regime jurídico do excedente cooperativo”, *cit.*, p. 367.

³⁶ Como defende RODRÍGUEZ MIGUEZ, *cit.*, p. 238; e equaciona VARGAS VASSEROT, *cit.*, p. 130, referindo também especificamente a prevalência da vontade individual sobre a vontade social quanto aos prazos de pagamento do retorno. Cfr. o que se disse *supra* quanto aos meios de reacção dos cooperadores descontentes.

³⁷ Como defende Meira, Deolinda, “O regime jurídico do excedente cooperativo”, *cit.*, p. 367-368, traçando um paralelo com a doutrina societarista no que toca o direito ao dividendo. Na p. 369, acrescenta a Autora que “o cooperador poderá exercer este direito de crédito por si mesmo ou por representação, podendo transmiti-lo a terceiros”, e podem terceiros (credores do cooperador) “igualmente penhorá-lo, mediante oportuna ordem de retenção do pagamento dirigida pelo juiz à cooperativa”.

³⁸ Assim Meira, Deolinda, “O regime jurídico do excedente cooperativo”, *cit.*, p. 372.

³⁹ Vejam-se, por ex., as reflexões de Namorado, Rui, *Introdução ao Direito Cooperativo – para uma expressão jurídica da cooperatividade*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 267, ss., de Abreu, J. M. Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, “Introdução, Actos de comércio, Empresas, Sinais distintivos”, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 290, ss., ou, mais especificamente, de Meira, Deolinda Aparício, “Revisitando o problema...”, *cit.*, em particular nas págs. 361, ss.

radadores foi tomada pela Direcção e não pela Assembleia Geral, que seria o órgão competente (art. 38º, f); trata-se, portanto, de uma mera opção do órgão executivo do devedor no sentido de, face às dificuldades económicas que atravessa e não dispondo de meios económicos para fazer face à totalidade das suas obrigações, “escolher quais lhe merecem prioridade em termos de pagamento”. Não foi dada como provada “a existência de qualquer deliberação da assembleia geral no sentido de que a cooperativa só pagaria quando reunisse meios para tal”⁴⁰.

Até aqui, o raciocínio do Tribunal não merece qualquer reparo⁴¹. Onde, todavia, nos suscita dúvidas, é no passo seguinte: uma vez que também não foi dado como provado “o estabelecimento de qualquer prazo para pagamento”, conclui o Acórdão que “a obrigação não se encontrava sujeita a qualquer prazo, constituindo aquilo que a doutrina denomina de *obrigação pura*, nos termos do nº1 do artigo 777º do Código Civil”.

Não me parece, na verdade, que se possa dar este salto para o regime geral das obrigações, passando por cima do especial regime societário aplicável à situação homóloga do *vencimento do crédito do accionista à sua parte nos lucros*, para o qual o art. 294º2 CSC fixa um *prazo de 30 dias a contar da deliberação de atribuição*. São conhecidas as controvérsias em redor do sentido a atribuir ao art. 9º do CCoop., quando remete para o regime societário (em particular, para os preceitos aplicáveis às sociedades anónimas) como *direito subsidiário*⁴², mas julgo que estamos perante um caso onde se justifica plenamente essa remissão⁴³ – até porque não está em causa, neste aspecto *puramente técnico* do vencimento do direito ao retorno validamente deliberado e atribuído, qualquer questão relativa à *distinção essencial ou funcional* entre lucro e retorno⁴⁴.

⁴⁰ Embora haja uma deliberação, já em 03.09.2016 (na pendência da acção, portanto) em que a Assembleia *ratifica*, por unanimidade, a decisão da Direcção de pagar a cada um dos cooperadores um “montante correspondente a 60% do respetivo crédito, sendo o *remanescente* liquidado logo que a cooperativa reúna condições” – aqui, para os defensores da tese da prevalência da vontade cooperativa sobre a individual, poder-se-ia ver a imposição (um tanto extemporânea e *sui generis*, é certo), de uma moratória sobre os 40% do crédito remanescentes.

⁴¹ Remetendo os “dados respeitantes à constituição da obrigação da cooperativa perante os seus associados como contrapartida das entregas de fruta por parte dos cooperadores”, para a “competência exclusiva da assembleia geral”.

⁴² Sobre o ponto, ver Rosas, Marta Monterroso, “A integração de lacunas do Código Cooperativo e o recurso ao direito societário (Acórdão do STJ de 22 de Novembro de 2001), *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários e acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, coord. Deolinda Aparfício Meira, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 333-345, NAMORADO, *cit.*, p. 205, ss., ou Abreu, J. M. Coutinho de, “Anotação ao art. 9º”, *Código Cooperativo Anotado*, coord. Deolinda Meira e Elisabete Ramos, Almedina, Coimbra, (no prelo).

⁴³ No mesmo sentido, Meira, Deolinda, “O regime jurídico do excedente cooperativo”, *cit.*, p. 368.

⁴⁴ A questão já poderia ser mais delicada se, *na própria deliberação* de repartição do excedente a título de retorno, a assembleia geral *estabelecesse um prazo mais longo* do que o previsto no art. 294º2 (que é de 30 dias, aos quais podem acrescer mais 60 dias se se tratar de uma extensão com “fundamento em

A ser assim, a obrigação da Cooperativa *não se venceu* com a interpelação para cumprir feita através da citação (que teve lugar em 28.01.2016), *mas sim em 2011, trinta dias volvidos sobre a data (não referida no Acórdão) da deliberação da Assembleia Geral* que aprovou as contas da campanha 2010-2011 e fixou o retorno a receber por cada cooperador⁴⁵. Em termos práticos, na situação em análise, tal diferença repercutir-se-á essencialmente sobre a contagem de juros moratórios, que serão devidos a partir de 2011 e não de 2016.

situação excepcional da sociedade”). Esta dilação, que o direito societário não parece permitir, poderia eventualmente merecer um acolhimento mais benevolente em sede de retorno cooperativo, atendendo à diferenças de sentido, função e de regime em face do lucro societário – veja-se, *mutatis mutandis* (pois aqui a “vulneração” seria congénita), o que se disse em texto sobre as várias perspectivas quanto à questão da vulnerabilidade crédito de retorno a subsequentes decisões da assembleia geral. O Tribunal da Relação de Coimbra parece, aliás, aderir à tese da vulnerabilidade, na medida em que considera “da competência exclusiva da assembleia”, enquanto “dados respeitantes à constituição da obrigação da cooperativa perante os seus associados como contrapartida das entregas de fruta”, não só aspectos como o “valor do preço por quilo” ou “qual o montante a pagar a cada um dos cooperantes”, mas também *o de saber “a partir de que momento são devidos os valores a receber por cada um deles”*.

⁴⁵ A menos que o cooperador haja *consentido* no diferimento do crédito (possibilidade aberta por Meira, Deolinda, “O regime jurídico do excedente cooperativo”, *cit.*, p. 368, aplicando o regime do já mencionado art. 294^o2 CSC), algo que não parece, todavia, ter ocorrido na situação em apreço.

ALGUMAS LINHAS DE FRONTEIRA ENTRE O CONTRATO
A FAVOR DE TERCEIRO E OS PACTOS SUCESSÓRIOS
NO QUADRO DAS ASSOCIAÇÕES MUTUALISTAS.
ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO STJ, DE 10.01.2017,
PROC. N.º 2303/12.2YXLSB-B.L1.S1, 6.ª SECÇÃO

*SOME BOUNDARY LINES BETWEEN CONTRACTS IN FAVOR
OF THIRD PARTY AND CONTRACTUAL INHERITANCE LAW
WITHIN THE FRAMEWORK OF INVESTMENTS MANAGED
BY FINANTIAL INSTITUTIONS WITH A SCOPE OF SOCIAL
SOLIDARITY. A COMMENTARY ON THE DECISION OF
THE PORTUGUESE SUPREME COURT OF JANUARY 10,
2017, CASE NO. 23023/12.2YXLSB-B.L1.S1, 6 SECTION*

João Paulo F. Remédio Marques¹

¹ Prof. Dr. Iuris. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Pátio da Universidade, 3004-528, Coimbra. Correio electrónico: remedio@fd.uc.pt.

I INTRODUÇÃO. A SUCESSÃO CONTRATUAL E A ADMISSIBILIDADE DOS PACTOS SUCESSÓRIOS

Atento o envelhecimento populacional, a escassez de fontes de remuneração do aforro dos particulares e a *rigidez* da disciplina jurídica da *sucessão legítima*, compreende-se que o caso objeto do presente comentário jurisprudencial respeite a um problema cada vez mais central do *direito dos contratos*, qual seja o da delimitação de duas áreas problemático-judicativas:

- (a) a área do livre exercício de poderes de autodeterminação da vontade que se contém na área dos contratos *inter vivos* (*maxime*, gratuitos); face à
- (b) área de atuação das pessoas marcada por *normas imperativas, deveres, sujeições e proibições legais* resultantes do fenómeno da *sucessão mortis causa* de situações jurídicas ativas e passivas, aqui onde a liberdade e autonomia contratuais cedem perante o interesse da proteção da «pequena família» constituída pelos *herdeiros legítimos*.

O caso apreciado e julgado pelo STJ português — pese embora a justeza e a bondade da solução que nele foi tirada — situa-se numa zona de *indeterminação legal respeitante à validade* de determinados contratos, para alguns considerados como *pactos sucessórios* inválidos, em particular doações por morte *nulas* ao abrigo do artigo 946.º CC, *ex vi* do art. 2028.º do mesmo Código. Indeterminação, esta, que prejudicar os (verdadeiramente¹) interessados na celebração deste tipo de pactos e as pessoas coletivas (no caso uma associação mutualista) que neles podem intervir na qualidade de partes.

Atualmente, os ordenamentos jurídicos tendem a convergir no alargamento da *autonomia privada*, em particular da autonomia do autor da herança plasmada no reforço da *liberdade de testar*; todavia, constata-se uma enorme diversidade de regimes entre os diversos ordenamentos jurídicos no que respeita à questão da (in) validade *sucessão contratual*² e da qualificação de alguns negócios jurídicos de

¹ Ou seja, os sujeitos que *não* utilizam tais pactos com fins simulatórios ou para defraudar ilegitimamente os herdeiros legítimos, os credores do falecido ou a autoridade tributária e aduaneira.

² Por exemplo, na Espanha, os arts. 658 e 1271, 2, do *Código Civil* proíbem genericamente os pactos sucessórios, pese embora alguns ordenamentos das Regiões os admitam limitadamente em favor dos cônjuges ou descendentes (Catalunha e Galiza) ou em geral (Navarra e País Basco). Na França, embora há muito sejam proibidos (arts. 722 e 1130 do *Code Civil*), admite-se a «cláusula comercial» a favor do cônjuge supérstite (desde 1965), contida em convenção antenupcial, bem como a renúncia antecipada e por acordo, em caso de divórcio, à sucessão do cônjuge (desde 1975), a celebração de pactos sobre sucessões futuras pelos herdeiros (1978), tendo em mira a continuidade das sociedades comerciais (à exceção das sociedades anónimas), a instituição de doações de bens futuros em convenção antenupcial ou na constância do casamento; por fim, a Lei n.º 2006-728, de 23/07/2006, previu o alargamento das hipóteses em que é permitida a *liberalité-partage*, para além dos casos em que já eram feitas pelos

atribuição de vantagens patrimoniais a terceiros como sendo *inter vivos* ou *mortis causa*.

Na resolução deste tipo de litígios, é sempre decisivo saber se e a morte é a causa do negócio jurídico (celebrado *em vida* com o disponente, no caso com uma associação mutualista) ou se, pelo contrário, é somente este *facto natural* gerador do efeito (ou um dos efeitos, uma espécie de *termo suspensivo*) do concreto negócio jurídico. E isto independentemente de a causa do negócio ser uma *causa donandi* ou outra (*v.gr.*, *causa solvendi*).

Esta questão é cada vez mais pertinente à luz das múltiplas alternativas de fazer frutificar o aforro privado (para além dos contratos de depósito celebrados com instituições bancárias³, temos, designadamente, *v.gr.*, fundos de investimento no quadro da *private equity*, seguros de vida capitalização tomados junto de

ascendentes a favor dos descendentes. Na Bélgica, autoriza-se (desde 2003) a renúncia antecipada dos cônjuges aos respectivos direitos sucessórios, em convenção antenupcial ou em convenção celebrada na constância do casamento que altere o regime de bens, se existirem filhos de algum deles antes do casamento ou seus descendentes (nova redação do art. 1308 do *Code Civil*). No Luxemburgo somente é admitida a *donation-partage* e a instituição contratual feita pelos nubentes ou pelos cônjuges. Na Holanda permitem-se as doações *mortis causa*, não obstante sejam proibidos genericamente os pactos sucessórios (art. 4:42, 4:4, a, alínea *a*), do Código Civil). Na Alemanha, o *BGB* admite a celebração de pactos sucessórios designativos e doações *mortis causa* (§ 2274 ss.). Na Áustria, são somente admitidos os pactos sucessórios entre os cônjuges e em seu favor, contanto que não disponha de mais de três quartos do património do seu património (§ 1249 ss., do respetivo Código Civil). Na Argentina, o novo Código Civil e Comercial autoriza o pacto de família relativo à exploração de empresas e participações societárias de qualquer tipo, podendo nele incluir-se estipulações respeitantes a direitos hereditários futuros e compensações em favor de outros legitimários, contanto que não afetem a legítima subjetiva, os direitos do cônjuge e de terceiros (art. 1010, n. 2). Na Turquia, os pactos sucessórios são geralmente admitidos (art. 485.º ss. do Código Civil deste país). Na Grécia, os pactos sucessórios são proibidos, mas admitem-se as doações *mortis causa*, desde que revogáveis e alguns tipos de partilha em vida. No Brasil, o artigo 426.º do Código Civil determina, genericamente, que “não pode ser objecto de contrato a herança de pessoa viva”, ainda que alguma doutrina admita a partilha antecipada dos bens do *de cuius* realizada *inter vivos* e essa mesma doutrina consinta que os nubentes possam dispor reciprocamente, em convenção antenupcial, da respetiva sucessão futura. Sobre isto, cfr. N. Ascensão E Silva, “Em torno das relações entre o direito da família e o direito das sucessões – o caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado”, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, p. 429 ss., pp. 449-453, nota 32 ss.; Daniel de Bettencourt Silva Morais, *A Autodeterminação Sucessória por Testamento ou por Contrato?*, Cascais, Principia, 2016, 2017, pp. 163-308; Andrea Fusaro, «L’espansione dell’ autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani», comunicação apresentada no *XVIII Colloquio biennale AIDC Patrimonio, persone e nuove tecniche di governo del diritto – Incentivi, premi, sanzioni alternative*, que teve lugar Ferrara, entre 10 e 12 Maio de 2007, acessível no seguinte endereço eletrónico: www.crdc.unige.it/docs/articles/RelazioneFerrara.pdf; J. P. Remédio Marques, «Em torno do planeamento sucessório: o Código Civil português e as formas alternativas de sucessão *mortis causa*», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 94, 2018, tomo I, n.º 8.

³ Atenta a baixíssima remuneração, no seio da zona euro, destes depósitos junto de instituições bancárias, em virtude da atual política monetária do Banco Central Europeu e das contraprestações contratadas e exigíveis pelas instituições bancárias para abrir a conta e efetuar a sua manutenção.

seguradoras, capitais pagáveis em prazos determinados ou por morte do tomador ou associado, no caso das associações mutualistas, etc.) e dele fazer beneficiar quem bem aprouver ao aforrador (designadamente terceiros, os herdeiros não legitimários ou alguns destes em detrimento dos outros).

O nódulo do caso *sub iudice* era assim o de saber se atribuição efetuada pela associação mutualista (*scilicet*, o capital que esta é obrigada a pagar aos beneficiários; no caso aos descendentes do associado) opera fora (*extrinsecamente*) do mecanismo da sucessão hereditária, não se regendo pelos princípios desta ou se, ao invés, as disponibilidades monetárias capitalizadas pela associação mutualista devem ser consideradas bens da herança do associado subscritor, as quais transitam *mortis causa* para o património dos seus herdeiros aceitantes.

2 A FACTUALIDADE SUBJACENTE E A ENVOLVENTE JURÍDICO-CONTRATUAL

A falecida/Inventariada efetuou em vida a uma associação mutualista (*Montepio Geral*) a entrega a esta última de determinadas disponibilidades monetárias, no quadro do benefício denominado «*Capitais de Reforma ou Complemento de Rendimento*», ficando investida no direito de, ou bem que receber desta associação mutualista certo rendimento mínimo anual, ou bem que ser reembolsada das entregas feitas e seu acúmulo de rendimento, ou, ainda, obter a conversão do capital acumulado numa pensão. Tratou-se de uma *aplicação financeira* posta à disposição dos associados pelo *Montepio Geral*, então denominada «*Capitais de Reforma/Complemento de Rendimento*». Porém, ficou estipulado que, para o caso de morte da associada subscritora, por meio de incorporação dos termos legais previstos no *Regulamento de Benefícios do Montepio Geral*, o capital acumulado era para ser entregue a certas pessoas, *in casu* às filhas da Inventariada. O litígio surgiu porque uma das três filhas (a cabeça de casal) pretendeu relacionar como *bem da herança* da associada o capital acumulado à data do óbito desta associada na sequência da subscrição da aplicação financeira (isto para que a herança da falecida mãe pudesse pagar certas dívidas a uma instituição de solidariedade social de que ela, filha, era a sócia gerente), enquanto as outras filhas se opuseram a tal entendimento e operação, defendendo que esse capital acumulado resultante da frutificação da disponibilidades monetárias originariamente transferidas para a gestão do *Montepio Geral* lhes pertencia por *direito próprio*, não tendo sido objeto de transmissão hereditária.

De acordo com o art. 1.º, n.º 1, do *Regulamento de Benefícios do Montepio Geral*, esta aplicação financeira «consiste na entrega de determinadas quotas que serão geridas e capitalizadas pelo Montepio Geral e transformadas numa pensão, quando o subscritor o desejar». O n.º 2 do mesmo artigo estabelece que «o subscritor tem a possibilidade de, a qualquer momento, se fazer reembolsar, total ou

parcialmente, nas condições estabelecidas no presente Regulamento, do capital acumulado». *Last but not the least*, o art. 7.º do mesmo Regulamento estipulava que «O subscritor *deve designar os seus beneficiários* e a forma de distribuição do capital acumulado, *em caso de morte*» e que «*Em caso de morte do subscritor*, o capital acumulado até à data em que aquele se verificou será integralmente entregue *aos beneficiários designados*, aplicando-se, na falta destes, o disposto no artigo 20º das Disposições Gerais deste Regulamento» — os itálicos são meus. Além disso, os associados ao subscreverem quaisquer modalidades de benefícios devem pagar uma quota, cujo montante é definido nos termos regulamentares (arts. 31.º e 32.º do citado Regulamento).

3 ANÁLISE E DISCUSSÃO DO CASO

Tal como o depósito bancário (que é um *depósito irregular*, pois tem por objeto *coisas fungíveis* - art. 1205.º do CC), as disponibilidades monetárias entregues ao *Montepio Geral* tornam-se propriedade desta instituição mutualista pelo facto da mera entrega (negócio real *quoad effectum*). O depositário fica obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade ao depositante com o capital acumulado na decorrência da gestão financeira feita a tais disponibilidades monetárias, se for caso. O *Montepio Geral* é a entidade que, ao abrigo de um *fim previdenciário* ou de *segurança social*, gere e capitaliza essas disponibilidades monetárias. Daqui resulta que nada impede, no direito português, a celebração de um *contrato de seguro de capitalização* (tal como um de depósito bancário) provido de uma *cláusula a favor de terceiro* a cumprir no momento da morte do promissário. Estaremos, como o STJ bem salientou, perante um contrato a favor de terceiro *mortis causa* que, para além do testamento e do contrato sucessório, é admitido entre nós (art. 451.º, n.º 1, CC).

É evidente que, curando-se de um mero *depósito bancário* (o que não é o caso *sub iudicio*, cujo enquadramento legal, ao abrigo do DL n.º 72/90, é claro⁴) o pretense donatário está sempre salvo de demonstrar o *animus donandi* — pois este é facto constitutivo do direito de haver para si o equivalente monetário das quantias entregues à instituição —, bem como os herdeiros do outro depositante

⁴ Vale dizer, estas associações mutualistas realizam a concessão de benefícios de segurança social e de saúde destinados a reparar as consequências da verificação de factos contingentes relativos à vida e à saúde dos associados e seus familiares e a prevenir, na medida do possível, a verificação desses factos (art. 2.º do citado DL), bem como para a concretização dos seus fins de segurança social, as associações mutualistas podem prosseguir, designadamente, a modalidade de «Capitais pagáveis por morte ou no termo de prazos determinados» (art. 3.º do mesmo diploma), podendo os associados subscrever quaisquer das modalidades de benefícios previstas no dito *Regulamento de Benefícios*. De resto, as prestações pecuniárias devidas pelas associações mutualistas aos associados e a *outros beneficiários* (v.gr., pessoas não qualificadas como herdeiras legítimas) não podem ser cedidas a terceiros nem penhoradas e prescrevem a favor das mesmas associações (art. 36.º, *idem*).

podem sempre demonstrar que tais disponibilidades monetárias movimentadas a débito logo após a sua morte deste integram a sua massa da herança e devem, por isso, ser relacionadas e partilhadas entre os herdeiros do depositante. Isto porque a abertura de contas bancárias pode ser um *negócio-meio* de outros negócios jurídicos, tais como a doação, o mandato (com e sem representação) e o penhor⁵. De igual sorte, o depositante sobrevivente está também livre de demonstrar que tais quantias, embora depositadas em regime contitularidade, lhe pertencem por inteiro⁶. Isto é assim quanto aos depósitos bancários.

O caso aqui em anotação, decidido pelo STJ, assume contornos completamente diferentes. Na verdade, o STJ subsumiu (e bem) esta aplicação financeira ao *contrato a favor de terceiro a cumprir depois da morte do promissário* na modalidade de seguro de vida/capitalização. Isto porque o subscritor poderia designar (como, aliás, designou) os beneficiários e a forma de distribuição do capital acumulado, em caso de morte; nesta hipótese de morte do subscritor, o capital acumulado até à data em que a morte se verificou seria, nos termos do citado *Regulamento de Benefícios*, integralmente entregue pelo *Montepio Geral* aos beneficiários designados.

Com efeito, no contrato ao favor de terceiro *mortis causa* o direito é adquirido pelo terceiro independentemente de aceitação, embora o momento da aquisição seja diferido no tempo. O beneficiário recebe o valor do seguro/capitalização; porém, não o recebe do *de cuius*, mas, sim, diretamente da entidade mutualista/seguradora⁷. Donde não são aplicáveis as normas dos arts. 2050.º e 2249.º do CC

⁵ C. Ferreira De Almeida, *Contratos*, III, *Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 38, referindo-se ao *mandato* e ao *penhor* enquanto relações subjacentes possíveis.

⁶ J. P. Remédio Marques, *A Penhora e a Reforma do Processo Civil – Em Especial a Penhora de Depósitos Bancários e do Estabelecimento*, Lisboa, Lex, 2000, pp. 87-88, quanto à penhora do saldo das contas plurais e do conteúdo e repartição do ónus da prova dos depositantes.

⁷ Assim, já, J. de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 54, salientando que «há certas formas de aquisição por morte que nada têm a ver com a sucessão. Processam-se longe desta, obedecendo a princípios próprios», referindo-se, *inter alia*, aos seguros de vida estabelecidos pelo *de cuius*; J. C. Moitinho De Almeida, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 362-363; J. Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª ed., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2027, p. 151, segundo o qual, a propósito do contrato a favor de terceiro sob a modalidade de seguro de vida, observa que «o capital seguro não é um bem integrante da herança do promissário (...) o capital encontra-se, ou encontrava-se, no património da empresa seguradora, que o entrega na sequência de um contrato a título oneroso celebrado com o falecido promissário. Só o prémio de seguro, contribuição do promissário efectuada em vida deste, é que se pode considerar ficticiamente integrado numa herança alargada, não confinada ao *relictum*», ou seja, somente tais prémios podem ser qualificados como doações indirectas submetidas à restituição à massa da herança para efeitos de cálculo da legítima subjetiva dos herdeiros legitimários e sujeitos à colação, à imputação de liberalidades e à redução por inoficiosidade; no mesmo sentido, R. Lobo Xavier, *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, pp. 114-115, segundo a qual «o contrato a favor de terceiro

português, relativamente à aceitação da herança ou do legado. O direito do terceiro beneficiário nunca integra o património do promissário (art. 450.º do mesmo Código). E daí não é transmissível segundo as regras da sucessão *mortis causa*. Donde, não deve esse capital ser relacionado como bem da herança pelo cabeça de casal. O terceiro, por razões de ordem prática (ou, melhor, por meio de uma *factio iuris*⁸), adquire originariamente o direito (*teoria da aquisição originária*). Para este promissário (a aqui *de cuius*), a prestação ao terceiro (às filhas) traduz um ato unilateral de disposição, já que a promessa é revogável enquanto o promissário estiver vivo (art. 448.º CC), já que o terceiro apenas adquire o direito após a morte daquele (art. 451.º, n. 1, CC). Daqui resulta que o promissário ou as partes podem revogar o benefício antes da morte desse promissário. O terceiro deve sobreviver ao promissário, pelo que benefício não se transmite aos seus herdeiros.

É verdade que, no direito estrangeiro⁹, as opiniões não são unânimes em considerar o contrato a favor de terceiro como atribuição *inter vivos*, pois há quem (doutrina que é, apesar de tudo, minoritária¹⁰) defenda que o contrato de seguro de vida a favor de terceiro *post mortem* está muito próximo do subsistema do Direito das Sucessões, sendo uma forma de *sucessão privilegiada*¹¹ — ainda que o concreto benefício a favor do terceiro fosse excluído por não pertencer à herança (do promissário)¹² e, outros, quem, de forma mais radical, sustente que devem ser aplicadas ao caso as regras respeitantes à instituição de herdeiros¹³ ou as regras relativas aos legados ou, no mais, que se está perante uma atribuição *mortis causa* indireta (doação indireta) se e quando fosse realizada cumprindo a forma

com efeitos à morte do promitente constitui um ato *inter vivos* e não viola a proibição dos pactos sucessórios», pois «a morte do promissário não é assim causa de atribuição a favor do terceiro, constitui o termo a partir do qual a aquisição do direito ocorrida no momento da conclusão do contrato produz os seus efeitos».

⁸ D. Leite De Campos, *Contrato a Favor de Terceiro*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 29, p. 33, pp. 35-36.

⁹ Cfr., para mais desenvolvimentos desta análise comparativa, Daniel de B. Silva Moraes, *Autodeterminação Sucessória por Testamento ou por contrato?*, Cascais, Príncipia, 2016, p. 814 ss., Daniel de B. SILVA MORAIS, *Revolução sucessória – Os Institutos Alternativos ao Testamento no Século XXI*, Cascais, Príncipia, 2018, pp. 68-75.

¹⁰ Sobre os critérios de cuja verificação depende a existência de pacto sucessório ilícito, cfr. Maria francesca Cocuccio, *Divieto dei Patti Successori e Patto di Famiglia*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 28.

¹¹ Andrea Zoppini, «Contributo allo studio delle disposizione testamentarie ‘in forma indiretta’», Studi in onore di Pietro Rescigno, II, *Diritto Privato* (1. Persone, famiglia, successioni e proprietà), Milano, Giuffrè, 1998, p. 919 ss.

¹² Andrea Zoppini, «Contributo allo studio delle disposizione testamentarie ‘in forma indiretta’», cit., p. pp. 933-934.

¹³ Manfred Harder, «Das Valutaverhältnis beim Vertraga zugunsten Dritter auf den Todesfall», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1976, p. 418 ss., p. 428; Karl-Heinz Hoffmann, «Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen – Eine Erbeinsetzung in Valutaverhältnis», *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 158, 1959-1960, p. 178 ss., pp. 196-197.

dos testamentos¹⁴. Por exemplo, na doutrina espanhola alguns (embora minoritariamente) veem o contrato a favor de terceiro a cumprir depois da morte do promissário (como é o caso do seguro de vida) uma doação *mortis causa* no que respeita à relação de valuta, aqui onde o terceiro beneficiário adquire os montantes correspondentes ao capital seguro de forma derivada; capital, este que deve ser contabilizado para efeitos de cálculo da legítima¹⁵. Outros (posição maioritária) consideram-no um negócio *inter vivos*, pois a atribuição do direito é alcançada com a relação de cobertura, a qual ocorre é em vida do promissário; esta atribuição apenas estará condicionada à morte do promissário e à sobrevivência do beneficiário¹⁶.

No caso concreto, os terceiros/beneficiários eram curiosamente herdeiros legitimários do promissário. Em caso de pré-morte do beneficiário, os seus herdeiros são chamados à titularidade da posição jurídica decorrente da promessa (art. 451.º, n.º 2, CC), havendo como que uma espécie de *representação sucessória*: os herdeiros do terceiro adquirem por *direito próprio* e não por *via sucessória*. E antes da morte do promissário a situação do terceiro é idêntica à do nomeado em testamento, cabendo-lhe uma simples expectativa fáctica. E, ainda — na linha do decidido pelo STJ —, como referi, o capital do seguro ou acumulado (gerido pelo *Montepio Geral*) não entra na massa da herança do promissário por morte deste. O que deve ser relacionado é, isso sim, o montante dos prémios (no caso de contrato de seguro) ou as quantias (quotas e demais despesas) pagas pelo promissário (ora *de cuius*) à entidade mutualista para realizar a referida subscrição, as quais geraram a vantagem que o *Montepio Geral* deverá entregar *diretamente* aos beneficiários. Deste modo, o ato de disposição *mortis causa* a favor de terceiro (talqualmente um seguro de vida ou de *capitalização*), em que a prestação deve ser realizada após a morte do promissário, é determinado pela vontade unilateral do disponente. Vale dizer, o terceiro adquire a posição de credor sem haver a necessidade de entre ele e o promissário estipulante existir acordo quanto a esse ato de disposição. O que aproxima sobremaneira este ato às *disposições testamentárias*, pois estamos perante uma forma de disposição indireta *mortis causa* onde a atribuição realizada em benefício do terceiro decorre diretamente do próprio contrato.

Todavia, o contrato a favor de terceiro afasta-se do figurino do *testamento* e do *contrato sucessório*, uma vez que o primeiro é *tripolar*. O terceiro nada adquire do património do promissário. O direito nasce *ex novo* no património do tercei-

¹⁴ Giorgio Giampiccolo, *Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 306 ss.

¹⁵ M^a del Pino Acosta Mérida, *Seguro de vida y derecho de sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 70-71.

¹⁶ Klaus Jöchen Albiez Dohrman, *Negocios atributivos «post mortem»*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1998, pp. 173-174.

ro (beneficiário), o que traduz uma dimensão social (ou previdencial) do direito adquirido pelo beneficiário, assim se compreendendo que as associações mutualistas estejam, ao abrigo da lei portuguesa, autorizadas a celebrar estes contratos com os seus associados. Não se viola, desta maneira, a proibição da celebração de pactos sucessórios, uma vez que o art. 946.º, n.º 1, do CC admite exceções à ilicitude de tais pactos, as quais podem ser estabelecidas em lei especial fora do CC português. O nascerem tais prestações *ex novo* explica por que motivo o que o promissário pagou à instituição financeira é que se submete a algumas regras do direito das sucessões, designadamente, a redução por inoficiosidade e a colação, se o benefício for efetuado em favor de herdeiro legítimo. O remanescente gerido e frutificado por esta, não se submete a tais regras. Há como que uma *doação indireta* no seguro de vida a favor de terceiro: o objeto da doação indireta são os *prémios* por parte do estipulante. Por isso, estes (e só estes) devem ser conferidos e eventualmente sujeitos à *obrigação de colação* se os beneficiários forem descendentes. Já o capital seguro, pago pela associação mutualista (*in casu*, o *Montepio Geral*) após a morte do tomador a um terceiro beneficiário, designado em testamento, não integra o acervo hereditário do tomador e como tal não está sujeito a *redução por inoficiosidade*¹⁷. Redutíveis por ofensa à legítima são, também por isso, as quantias prestadas pelo tomador do seguro à seguradora, no âmbito desse seguro (veja-se o Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril) ou as quantias correspondentes às *quotas* que, no caso *sub iudice*, o tomador subscreveu por ocasião da celebração deste seguro de capitalização. Na verdade, o valor dos *prémios pagos* (e só este) está eventualmente sujeito a um conjunto de obrigações e vicissitudes do direito das sucessões, quais sejam a *colação*, a *redução por inoficiosidade*, a *imputação* e a *impugnação pauliana*. Todavia, creio que a totalidade do benefício atribuído ao terceiro deve achar-se sujeito ao regime da revogação por ingratidão do donatário e das proibições de doar¹⁸. A morte do estipulante promissário (no caso *sub iudice*, o associado da instituição mutualista) pode ser encarada como um termo de que dependem os efeitos do negócio ou uma condição, em função dos resultados interpretação dessas declarações de vontade. O direito é adquirido pelo terceiro beneficiário independentemente da sua aceitação, não sendo aplicáveis os arts. 2050.º e 2249.º do CC.

No caso *sub iudice*, somente está sujeito às regras do fenómeno hereditário a quantia correspondente à soma das quotas entregues pelo *de cuius* ao *Montepio Geral*, a fim de constituir o capital cuja gestão o associado lhe entrega; já o eventual rendimento (gerado precipuamente pela gestão efetuada pelo *Montepio Geral*) que lhes seja atribuído, deduzido de eventuais reembolsos, deve ser excluído da massa dos bens da herança.

¹⁷ Não está, destarte, sujeito ao ataque dos credores do falecido, nem dos herdeiros legítimos deste.

¹⁸ Daniel de B. Silva Morais, *Autodeterminação Sucessória*, Cascais, Principia, 2017, p. 879.

O art. 946.º, n.º 1, CC excepciona certos casos da proibição das doações *mortis causa*. Ora, o contrato a favor de terceiro constitui precisamente uma exceção à proibição das doações *mortis causa*. No contrato a favor de terceiro — e interessa aqui aquele contrato a favor de terceiro (seja o que é subscrito com uma instituição seguradora ou bancária, seja o que é celebrado com uma instituição mutualista) *a cumprir depois da morte do promissário* — há, na verdade, o intuito de beneficiar um terceiro por conta do promissário, adquirindo este um direito por força de um contrato em que não foi parte (artigo 443.º, n.º 1, CC). Atenta a *natureza sucessória* deste tipo de contrato, ele é revogável pelo promissário até à sua morte¹⁹, o que o equipara, neste caso, ao negócio testamentário.

O promissário goza de poderes de disposição por morte diferentes e mais alargados do que aqueles que pode exercer por meio do negócio testamentário ou do contrato sucessório, pois tais poderes incidem sobre bens de que não é titular. Daqui resulta que o contrato a favor de terceiro cujo cumprimento deva ocorrer após a morte do promissário traduz uma *forma autónoma* de disposição *mortis causa* atuante à margem das regras do Direito das Sucessões. Isto porque, por exemplo, no *contrato de seguro de vida/seguro de capitalização* ou no *seguro ligado a fundos de investimento*, o beneficiário não adquire as quantias a título sucessório, embora corresponda, por via de regra (como o STJ insinou neste aresto) a uma atribuição patrimonial a título gratuito, à qual deverá ser aplicado o regime das *liberalidades*²⁰.

De igual sorte, tal como resulta da decisão do STJ que agora comento, a jurisprudência dos tribunais superiores tem decidido maioritariamente que somente são atingidas pela *inoficiosidade* as quantias entregues pelo tomador do seguro ao segurador e que o capital seguro pago pela companhia seguradora, após a morte do tomador, ao terceiro beneficiário designado em testamento não integra o acervo hereditário do testador, não estando assim sujeito à *redução por inoficiosidade*²¹.

¹⁹ Daniel de B. Silva Morais, *Autodeterminação Sucessória*, 2017, p. 877.

²⁰ Não sendo assim convocável o regime das indignidades sucessórias, do direito de acrescer, pois o beneficiário não adquire o direito a título sucessório — neste sentido, R. Lobo Xavier, *Planeamento Sucessório*, Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 141; R. Capelo De Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, I, 4.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 34-35.

²¹ Acórdão da Relação de Coimbra, 5/03/2013 (VIRGÍLIO MATEUS), proc. n.º 930/11.4T2AVR.C1, in www.dgsi.pt; acórdão do STJ, de 17/06/2014 (FERNANDES DO VALE), proc. n.º 930/11.4T2AVR.C1.S1, loc. cit., nos termos do qual o valor da prestação a que a segurador se encontra vinculada a pagar ao beneficiário «não se encontra abarcado pelas disposições relativas à colação, à imputação, redução de liberalidades e impugnação pauliana, cuja aplicabilidade, no caso, se mostra limitada às quantias prestadas pelo tomador do seguro ao segurador»; *idem*, de 12/11/2013 (GREGÓRIO DA SILVA JESUS), proc. n.º 530/10.6TJPRT.P1.S1, loc. cit., nos termos do qual mesmo os seguros de vida ligados a fundos de investimento, cobrindo o risco de vida e de morte da pessoa segura pode constituir «estruturalmente um verdadeiro contrato a favor de terceiro definido pelo art. 443.º do CC, e estando a aquisição do direito à prestação do seguro, pelo terceiro beneficiário, dependente da morte do segurado, não integra o património deste o capital segurado»; acórdão da Relação do Porto, de 20/06/2017 (MARIA DE JESUS

Ora, *independentemente da natureza jurídica da entidade emitente e gestora da aplicação financeira* (no caso, uma associação mutualista), parece que as razões subjacentes a este regime devem ser aplicadas a todas as situações análogas.

E esta solução que aponta para a validade de uma atribuição *mortis causa* por meio da realização de um *contrato a favor de terceiro* também explica — em Portugal, contrariamente ao que ocorre noutros ordenamentos jurídicos — a admissibilidade do *depósito irregular* (de coisas fungíveis: art. 1205.º CC) na modalidade de um *depósito bancário com uma cláusula a favor de terceiro a cumprir no momento da morte do promissário*²², nos termos do artigo 451.º, n.º 1, do mesmo Código e das regras específicas do *depósito irregular*, designadamente, o artigo

PEREIRA), proc. n.º 1144/13.4TJPRT-A.P, loc. cit., segundo o qual «Não é de relacionar no inventário o capital segurado que se destinava não ao de cujus contratante mas a terceiros beneficiários (um deles a cabeça-de-casal) sem prejuízo de se relacionarem as quantias que o inventariado despendeu com os respectivos prémios»; acórdão da Relação de Coimbra, de 5/03/2013 (VIRGÍLIO MATEUS), proc. n.º 930/11.4T2AVR.C1, loc., cit., o qual decidiu que «Celebrado um seguro de vida em caso de morte do seu tomador, o capital seguro, pago pela seguradora após a morte do tomador a um terceiro beneficiário, designado em testamento por aquele tomador do seguro, não integra o acervo hereditário deste e como tal não está sujeito a redução por inoficiosidade», acrescentando que «O que é redutível por ofensa da legítima são as quantias prestadas pelo tomador do seguro ao segurador no âmbito desse seguro, por força do regime jurídico aprovado pelo DL n.º 72/2008 de 16.4»; *idem*, de 14/12/2005 (HÉLDER ROQUE), proc. n.º 3669/05; acórdão da Relação do Porto, de 21/02/2018 (FERNANDO SAMÕES), proc. n.º 2717/12.8TBPVZ.P1, segundo o qual «Os seguros ligados a fundos de investimento são instrumentos de captação de aforro estruturado e assumem a natureza jurídica de contratos de seguros de vida (...) Estruturalmente, são contratos a favor de terceiro e estando a aquisição do direito à prestação do seguro, pelo terceiro beneficiário, dependente da morte do segurado, não integra o património deste o capital objecto do seguro» e que «Havendo beneficiários designados na respectiva apólice e sobrevivendo eles à pessoa segura, os herdeiros desta não podem obter a prestação do capital seguro, pelo que não podem exigir a sua entrega à herança do segurado»; acórdão da Relação do Porto, de (JUDITE PIRES), proc. n.º 530/10.6TJPRT.P1, loc. cit., nos termos do qual «Falecendo o autor da herança sem deixar herdeiros legitimários, não carece de ser relacionada no respectivo inventário a quantia recebida da seguradora por terceiro beneficiário por ele indicado, aquando da celebração do contrato de seguro de capitalização, para receber a correspondente indemnização em caso de morte do segurado antes do termo do contrato»; acórdão da Relação de Guimarães, de 5/01/2017 (JOÃO PERES COELHO), proc. n.º 1192/14.7TBVCT-A.G1, de harmonia com o qual «Nos seguros de vida associados a empréstimos bancários o terceiro a favor de quem é feita a promessa adquire directamente o direito à prestação, pelo que esta não integra, nem transita pela herança do promissário (...) Por isso, falecendo o autor da herança sem deixar herdeiros legitimários, não carece de ser relacionada no inventário aberto por óbito do mesmo a quantia recebida da seguradora por terceira beneficiária, por ele indicada aquando da celebração de um seguro de vida grupo contributivo do tipo capitalização»; tb., entre outros, P. Romano Martinez/A. Costa Oliveira/L. Cunha Torres/M.ª Eduarda Ribeiro/J. Pereira Morgado/José Vasques, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 487; em sentido contrário, cfr. o acórdão da Relação de Lisboa, de 14/04/2005 (FÁTIMA GALANTE), proc. n.º 1851/2005-6, acessível em www.dgsi.pt; *idem*, de 13/05/2004 (GIL ROQUE), proc. n.º 3329/2004-6, loc. cit.

²² Tb., neste sentido, Daniel de B. Silva Morais, *Autodeterminação Sucessória*, 2017, p. 908. Esta estipulação exhibe vantagens relativamente ao *seguro de vida*, pois aquele não está sujeito à aleatoriedade do contrato e à circunstância de o tomador do seguro pagar os prémios à companhia de seguros; de igual sorte o *negócio testamentário* também não garante a rápida satisfação da restituição das quantias

1144.º deste Código, que estatui que as coisas mutuadas se tornam propriedade do mutuário e que este fica obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (artigo 1142.º, *idem*)²³.

4 CONCLUSÃO

A distinção entre atos negociais *mortis causa* e *inter vivos* — saber quando ocorre sucessão *mortis causa* com a convocação das regras do Direito das Sucessões — nem sempre é fácil. A proibição da celebração de *pactos sucessórios* e a cominação da *nulidade* à quase totalidade de tais pactos é, infelizmente, uma constante nos ordenamentos jurídicos latinos. A questão tem sido apreciada e julgada nos Tribunais Portugueses a respeito de seguros vida/capitalização emitidos por companhias de seguro e instituições bancárias. A decisão do STJ que agora comentei posiciona a questão numa dimensão jurídica jurídico-problemática *análoga*: a emissão destes seguros de capitalização por parte de *entidades mutualistas (in casu, o Montepio Geral)* de disponibilidades monetárias entregues por um seu associado. Por via da utilização da figura do *contrato a favor de terceiro* a doutrina portuguesa e a maioria da jurisprudência dos Tribunais Superiores tem vindo — acertadamente no meu juízo — a entender que as quantias traduzidas nas aplicações financeiras de capitalização, subscritas junto destas instituições, no caso sub iudice, pela inventariada junto do *Montepio Geral* em favor dos beneficiários (*id est*, o capital acumulado à data do óbito) não devem ser relacionadas, pois não integram os bens hereditários (a sua quantificação e faculdade de exigibilidade não existe), constituindo direitos de crédito próprios dos beneficiários. Tais montantes (ou a faculdade da sua exigibilidade) não existem à data da morte do tomador; só com o seu óbito é que nasce o direito de serem pagos (a quem o tomador tiver indicado). Não ocorre assim um fenómeno de *transmissão por morte*, nem uma ofensa à regra da proibição da generalidade dos pactos sucessórios prevista no art. 946.º, n.º 1, do CC português. O que deve ser relacionado e objeto de partilha hereditária é apenas a quantia que a associada entregou ao *Montepio Geral* a título das subscrições que realizou, à semelhança dos *prémios* pagos pelo tomador do seguro no contrato de seguro. E somente essa quantia estará, se for caso, disso sujeita ao mecanismo da imputação, à obrigação de colação e à redução por inoficiosidade.

ao beneficiário, nem o secretismo associado aos deveres de observância do sigilo bancário entre as instituições financeiras e os respectivos clientes.

²³ Poderia, de *iure condendo*, limitar-se o montante de que o beneficiário poderá dispor, em atenção à proteção de eventuais legítimos e à evasão fiscal.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 295-303
ISSN: 1130-2682

DOAÇÕES EFETUADAS PELA ADMINISTRAÇÃO
CONJUNTA DE UMA ÁREA URBANA DE GÉNESE
ILEGAL. ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE LISBOA DE 9 DE NOVEMBRO DE 2017

*DONATIONS EXECUTED BY THE JOINT ADMINISTRATION
OF AN URBAN AREA OF ILLEGAL ORIGIN.
COMMENTARY TO THE DECISION OF THE COURT
OF APPEAL OF LISBON, NOVEMBER 9, 2017*

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS*

¹ Assistente na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Mestre em Direito. Doutorando em Direito. Advogado na Uría Menéndez - Proença de Carvalho. Rua do Campo Alegre, 830 - 3.º, sala 12 4150-171 Porto. Endereços de correio electrónico: andre.almeidamartins@uria.com / a.almeidamartins@gmail.com.

1 BREVE DESCRIÇÃO DO LITÍGIO

A assembleia de proprietários da administração conjunta de uma área urbana de génese ilegal (“AUGI”) deliberou em 22 de fevereiro de 2013, entre outras matérias que constavam da ordem de trabalhos, restituir a uma associação de moradores um montante no valor de € 17.975,00. Este montante correspondia ao valor que, em 2002, a referida associação de moradores havia transferido para a administração conjunta da AUGI, após o haver cobrado aos seus associados para o efeito de participação na futura reconversão e legalização do bairro em que residiam os seus associados.

Dois dos proprietários da AUGI, presentes na referida assembleia geral e discordando da deliberação de restituição daqueles fundos financeiros, intentaram uma ação judicial de anulação de deliberações sociais, na qual pediram que fossem declaradas ilegais e de nenhum efeito as deliberações sociais tomadas na assembleia geral, nomeadamente a de restituição, a título gratuito, daqueles montantes à associação de moradores, que os autores da ação entendiam tratar-se de uma doação ilegal.

O Tribunal de 1.^a instância entendeu que tal pedido em particular era improcedente, decisão com a qual os autores da ação não se conformaram, pelo que interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa. O aresto em comentário manteve a decisão da 1.^a instância, sustentando a validade da deliberação em causa, embora com base em fundamentação bastante diferente da que constava da decisão de 1.^a instância.

2 O REGIME JURÍDICO DAS AUGI

Área urbana de génese ilegal (AUGI) é a designação legal atribuída a prédios ou conjunto de prédios contíguos predominantemente ocupados por construções não licenciadas (construções ilegais) ou que tenham sido submetidos a uma operação de parcelamento destinado à construção apesar de não ter sido emitida uma licença de loteamento. Como refere a jurisprudência, “*uma AUGI destina-se a legalizar uma clandestinidade, a reconverter em vários prédios urbanos um ou mais prédios rústicos divididos de facto, não de direito, numa multiplicidade de loteamentos de facto ilegais, onde depois foram construídos, ilegalmente, sem licença, edifícios*” (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8/02/2018, disponível em www.dgsi.pt e que, curiosamente, diz respeito à mesma AUGI de que trata o acórdão em comentário).

Esta realidade, que deriva de problemas que datam do período entre 1960 e 1990, é regulada pela Lei n.º 91/95, de 2 de setembro –que conta já com seis

alterações, a mais recente das quais introduzida pela Lei n.º 70/2015, de 16 de julho – que estabelece o regime excecional para as AUGI (para uma análise, ainda que sucinta, da referida lei, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19/04/2012, disponível em www.dgsi.pt e, ainda, RAMOS, V., «Áreas urbanas de génese ilegal: sentido para o caos?», *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 9, Ano V (2002), pág. 157-165).

Com efeito, nos termos da referida lei, consideram-se AUGI os prédios ou conjuntos de prédios contíguos que, sem a competente licença de loteamento, quando legalmente exigida, tenham sido objeto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção até à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de dezembro, e que, nos respetivos planos territoriais, estejam classificadas como espaço urbano ou urbanizável. Por outro lado, são ainda considerados AUGI os prédios ou conjuntos de prédios parcelados anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de novembro de 1965, quando predominantemente ocupados por construções não licenciadas (artigo 1.º, n.º 2 e 3 da Lei n.º 91/95).

Neste âmbito, compete às Câmaras Municipais, por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer interessado, delimitar o perímetro e fixar a modalidade de reconversão das AUGI existentes na área do município (artigo 1.º, n.º 4 da Lei n.º 91/95).

Por outro lado, a reconversão urbanística do solo e a legalização das construções integradas em AUGI constituem dever dos respetivos proprietários ou comproprietários. Este dever inclui, entre outras, a obrigação de participar nas despesas de reconversão, sendo certo que os encargos com a operação de reconversão impendem sobre os titulares dos prédios abrangidos pela AUGI (artigo 3.º, n.º 1 a 4 da Lei n.º 91/95).

De modo a garantir o cumprimento desse dever de reconversão, a lei determina o regime da administração dos prédios integrados na AUGI, estabelecendo que o prédio ou prédios integrados na mesma AUGI ficam sujeitos a administração conjunta, assegurada pelos respetivos proprietários ou comproprietários. Tal administração conjunta é integrada por uma assembleia de proprietários ou comproprietários e uma comissão de administração, às quais incumbe organizar e dirigir os trâmites do processo de reconversão urbanística, e ainda por uma comissão de fiscalização (artigos 8.º, 10.º e 15.º da Lei n.º 91/95).

Ainda de acordo com a referida lei, a assembleia de proprietários ou comproprietários delibera, nos termos previstos no Código Civil para a assembleia de condóminos dos prédios em propriedade horizontal, com algumas especificidades, podendo tais deliberações ser judicialmente impugnadas por qualquer interessado que as não tenha aprovado, no prazo de 60 dias a contar da data da

assembleia ou da publicação das deliberações produzidas nessa assembleia, consoante aquele haja ou não estado presente na reunião (artigo 12.º da Lei n.º 91/95).

Ora, o caso *sub judice* diz precisamente respeito a uma situação relacionada com a legalização de um bairro que cresceu de forma ilegal e foi posteriormente delimitado como AUGI.

Cerca do final de 1997, os moradores de tal bairro, antes de constituírem qualquer administração conjunta de uma AUGI, constituíram uma associação de moradores cujo objeto social estatutário, era precisamente o de “*a curto prazo, levar a efeito a recuperação urbanística do Bairro, com vista à sua legalização perante as autoridades instituídas, nomeadamente as infra-estruturas básicas para melhoria das condições de vida e habitação dos seus associados ou obtenção de habitação própria, em estreita cooperação com a Junta de Freguesia, Câmara Municipal e outras entidades*”. Para esse efeito, a associação foi cobrando aos seus membros verbas destinadas a aplicar na legalização do bairro.

Sucedeu que em outubro de 2002, a Câmara Municipal competente delimitou o referido bairro como AUGI e, na sequência, perto do final de 2002, foi criada a administração conjunta da AUGI do bairro. Nesse momento, a associação de moradores entendeu transferir para a AUGI os montantes cobrados aos seus associados para a legalização do bairro, que na altura totalizavam € 17.975,00.

Foi precisamente esse montante que a assembleia de comproprietários da administração conjunta da AUGI do bairro, realizada em 2013, deliberou restituir, a título gratuito, à associação de moradores, deliberação contra a qual os autores da ação aqui em causa decidiram reagir judicialmente, por considerarem tratar-se de uma doação ilegal por parte da AUGI à associação de moradores.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA SOLUÇÃO DADA AO CASO PELO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O Tribunal de 1.ª instância entendeu que a deliberação em causa não era ilegal e, por isso, não devida ser anulada, na medida em que a transferência daquele montante por parte da administração conjunta da AUGI a favor da associação de moradores não consubstanciava uma doação, mas sim uma verdadeira restituição de valores de que era titular a associação. Na verdade, fundamentou o Tribunal de 1.ª instância, a verba em causa era proveniente da cobrança de quotas aos membros da associação e, por isso, era uma verdadeira receita da associação e não uma receita no âmbito do processo de reconversão, pelo que não haveria fundamento para a AUGI a reter.

Foi contra esta tese que os autores reagiram, pois consideravam que os montantes em causa haviam sido recolhidos pela associação em vista do objetivo de legalização do bairro, que era precisamente o fim a que a AUGI se destinava e, por isso mesmo é que, aquando da sua constituição, os fundos lhe foram transfe-

ridos pela associação e passaram a ser definitivamente um ativo da AUGI. Nessa perspetiva, a restituição à associação era uma verdadeira doação sem fundamento ou justificação.

Curiosamente, o Tribunal da Relação acabaria por dar razão aos autores na análise que fizeram da transferência dos fundos da associação para a AUGI, bem como na posterior transferência da AUGI para a associação, que o Tribunal qualificou como doação. Contudo, tal doação, ao contrário do que sustentavam os autores, não fora ilegal.

Com efeito, o Tribunal da Relação clarificou que, face à factualidade dada como provada, “a referida verba de €17.975,00, que correspondia ao saldo de caixa da A[ssociação] à data de 31.Dez.2002, não constituía receita proveniente das quotizações dos seus associados, mas uma receita resultante da cobrança efectuada no âmbito do processo de reconversão que passou para a incumbência da AUGI, após a respectiva constituição em 8.Dez.2002. Como tal, e até por força da deliberação da assembleia geral constitutiva da AUGI, de 8 .Dez.2002, uma vez operada a transferência para a AUGI da verba de € 17.975,00, a mesma passou a constituir activo desta entidade”.

Sendo assim, tudo estava em saber se a deliberação de aprovação da restituição daquela quantia à associação seria nula, por determinar a realização de uma doação e este tipo de negócio gratuito estar vedado à administração conjunta da AUGI.

A resposta a esta questão implicava analisar a natureza jurídica da AUGI e qual o regime jurídico pelo qual se determina a validade dos seus atos.

O ponto de partida desta análise teria necessariamente de ser a verificação da concessão à administração conjunta da AUGI, por parte do ordenamento jurídico, de personalidade jurídica. E neste âmbito o Tribunal sucintamente afirma que a administração conjunta da AUGI não goza de personalidade jurídica, tratando-se meramente de um “*um substrato organizacional, sem personalidade jurídica, que não tem por fim o lucro económico dos seus associados, antes prossegue um relevante interesse social (o urbanismo)*”.

Efetivamente, a administração conjunta da AUGI não tem personalidade jurídica, embora fique sujeita, nos termos do artigo 8.º, n.º 6 e 7 da Lei n.º 91/95, à inscrição no Registo Nacional de Pessoas Coletivas para efeitos de identificação e lhe seja atribuída personalidade judiciária (vide a este propósito, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 89/2003/T. Const., publicado no Diário da República n.º 73/2003, Série II de 2003-03-27).

Na verdade, como salientou o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 28/11/2006, disponível em www.dgsi.pt, “*a AUGI é criada apenas com vista à reconversão urbanística e a actuação dos seus órgãos é concebida dentro dos limites desta*”. E essa atuação dos seus órgãos está perfeitamente delimitada na

Lei n.º 91/95: à assembleia compete, em geral, acompanhar o processo de reconversão e fiscalizar os atos da comissão de administração, tendo ainda uma série de outras competências mais específicas (artigo 10.º); à comissão de administração compete no plano externo, nomeadamente, participar na tramitação do processo de reconversão, celebrar os contratos para execução de projetos e obras, constituir e movimentar contas bancárias, pleitear em juízo e dar cumprimento às deliberações da assembleia (artigo 15.º); e, finalmente, à comissão de fiscalização cabe emitir pareceres e opiniões sobre matérias em que seja convidada pelos outros órgãos (artigo 16.º-B).

Em face desta análise, o Tribunal da Relação de Lisboa, no citado aresto de 2006, conclui que “Não pode, pois, dizer-se que caiba aos órgãos da administração conjunta o exercício de poderes gerais de administração, designadamente os de gestão, conservação e manutenção da coisa comum, antes cabendo aos diversos proprietários ou comproprietários o exercício, nos termos gerais, dos poderes respeitantes a essa matéria.”

Ora, uma vez feita esta análise parece-nos que, face à questão colocada no caso *sub judice* – recorde-se, saber se a administração conjunta da AUGI poderia deliberar efetuar uma doação de um seu ativo à associação de moradores –, cabia ao Tribunal tentar encontrar enquadramento para o ato em causa nas competências, gerais ou específicas, da assembleia ou no limite, num plano mais alargado, da administração conjunta da AUGI.

Ora, não consta do acórdão qualquer análise nesses termos, uma vez que o Tribunal salta da constatação rápida e sem grandes considerações da ausência de personalidade jurídica da administração conjunta da AUGI, para a sustentação de que a circunstância de se estar perante um substrato organizacional que não tinha por fim o lucro económico, autorizava, sem mais, a aplicação analógica à administração conjunta da AUGI das disposições que regem as associações, nomeadamente, os artigos 158.º a 166.º e 167.º a 184.º do Código Civil.

A partir da aplicação analógica do regime das associações, o Tribunal sustenta que o caso se deve resolver sob a égide do artigo 160.º, n.º 1 do Código Civil, que consagra o princípio da especialidade do fim: “A *capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.*” (vide a anotação ao artigo 160.º CCiv de ANTÓNIO AGOSTINHO GUEDES, na obra coletiva, coordenada por LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.) e outros, *Comentário ao Código Civil. Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 351-354).

Com efeito, face ao entendimento dominante sobre a interpretação de tal princípio, que permite sustentar que a prática esporádica de doações por uma associação, a favor de terceiros, determinada por fundamentos de solidariedade social,

é legítima desde que tais liberalidades sejam adequadas à capacidade económica da associação, o Tribunal conclui que a doação em causa nos autos é válida, pois *“tendo em conta a existência de uma certa comunhão entre o fim e o objecto social da Administração Conjunta da AUGI e o fim e o objecto social da associação de moradores A... (também proprietários e comproprietários na AUGI) só pode ser vista como sendo necessária e conveniente à prossecução desse fim social comum.”* Assim, e considerando ainda que o montante que a administração conjunta da AUGI iria transmitir seria aplicado pela associação na *“na promoção e realização de iniciativas de ordem social, cultural, recreativa e desportiva e outras actividades previstas na lei e, desde logo, na exploração e funcionamento de um equipamento de significativa relevância social para o Bairro...: o Polo Cívico e Comunitário..., que irá prestar cuidados básicos, designadamente à população mais jovem e mais idosa do Bairro...”*, a doação em causa seria legítima e a deliberação da assembleia que a aprovou totalmente válida.

Ora, não se pode concordar com o raciocínio expendido e conclusões alcançadas pelo Tribunal da Relação.

Em primeiro lugar, do ponto de vista metodológico e do processo de aplicação da lei, não se percebe como é que o Tribunal passa da constatação da existência de um substrato organizacional, sem personalidade jurídica, para afirmação da existência de uma lacuna no regime excecional para as AUGI e procede à integração da referida lacuna com recurso à analogia com o regime das associações, sem sequer procurar uma solução nas normas da lei que regem a administração conjunta da AUGI e determinam a competência dos órgãos que a compõem. Com efeito, antes de partir para a referida analogia, havia que perscrutar as normas acima referidas sobre a competência dos órgãos que compõem a administração conjunta da AUGI e, só se nestas não se encontrasse solução, partir para uma solução de integração de lacunas. Por outro lado, no plano substantivo, subscrevendo-se a interpretação que este mesmo Tribunal firmou no acórdão de 2006, segundo a qual *“a AUGI é criada apenas com vista à reconversão urbanística e a actuação dos seus órgãos é concebida dentro dos limites desta”*, do que decorre que os órgãos da administração conjunta da AUGI não têm quaisquer outras competências para além daquelas que a lei lhes atribui, carecendo, nomeadamente de poderes gerais de administração, entende-se que a assembleia carecia de competência para deliberar doar parte do ativo da administração conjunta da AUGI a um terceiro, independentemente do concreto contexto em que o referido ativo deu entrada na conta da administração conjunta da AUGI. E isto já para não falar da contradição que constitui a afirmação de capacidade jurídica de um substrato sem personalidade jurídica, para além das competências expressamente definidas na lei para os seus órgãos.

Em suma, entende-se que ao decidir como decidiu, com recurso à analogia e aplicação das regras das associações, o Tribunal da Relação foi demasiado vo-

luntarioso, por ventura em face do contexto subjacente ao caso, bem explicado no já citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8/02/2018: “*No ac. do TRL de 09/11/2017, proc. 3844/13.0TCLRS.L1-6, referente à mesma AUGI destes autos (BVF), julgou-se válida uma transferência de verbas da AUGI para a associação de moradores que antes dela tinha feito obras de reconversão do Bairro (a execução das infra-estruturas básicas: asfaltagem, esgotos, canalizações, etc.), verba que seria aplicada na promoção e realização de iniciativas de ordem social, cultural, recreativa e desportiva e outras actividades previstas na lei e, desde logo, na exploração e funcionamento de um equipamento de significativa relevância social para o Bairro: o Polo Cívico e Comunitário, que irá prestar cuidados básicos, designadamente à população mais jovem e mais idosa do Bairro; verba essa que correspondia a uma outra que a associação de moradores tinha transferido para a AUGI na data da constituição desta (2002) e que tinha resultado das participações dos proprietários para as despesas de reconversão/legalização do Bairro desde 1997. O que se tratou, materialmente, de uma forma indirecta de pagamento de despesas feitas com obras de reconversão da área antes mesmo da existência do processo de reconversão. E que naturalmente foi aceite pelo tribunal.*” Eventualmente, terá sido este contexto de aparente justiça relativa subjacente ao pagamento indireto de despesas adiantadas, a principal motivação para a solução criativa que o Tribunal da Relação pretendeu dar ao caso *sub judice*, mas que, do nosso ponto de vista, não corresponde à correta interpretação e aplicação da lei.

BIBLIOGRAFIA

- LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.) e outros, *Comentário ao Código Civil. Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.
- VÍTOR RAMOS, «Áreas urbanas de génese ilegal: sentido para o caos?», *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 9, Ano V (2002), pág. 157-165).

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 305-311
ISSN: 1130-2682

ANOTAÇÃO AO AC. TRE DE 9.2.2017
(PROC. 34/12.1T2STC-A.E1).
SOBRE O *WISHFUL THINKING* E A LEI

*ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE ÉVORA COURT OF
APPEAL JUDGEMENT 9.2.2017 (PROC. 34/12.1T2STC-A.E1).
WISHFUL THINKING AND THE LAW*

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS¹

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Empresarias (Universidade de Coimbra)/Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (soveralm@fd.uc.pt ; Faculdade de Direito, Pátio da Universidade, Coimbra).

1 INTRODUÇÃO. OS PROBLEMAS

No Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 9.2.2017, que teve por Relator o Desembargador Paulo Amaral, foi defendido que seria de aplicar a uma associação sem fins lucrativos o art 260.º do CSC. Daí decorreria que aquela pessoa coletiva ficaria vinculada pela atuação de um só titular do órgão dirigente.

Consideramos, porém, que ambas as soluções não correspondem à adequada aplicação do regime jurídico em vigor quando se trate de associação com personalidade jurídica (art. 158.º, 1, do CCiv.). Vejamos porquê.

2 O SENTIDO DO ART. 260.º, I, DO CSC

Começemos pelo que é, na nossa opinião, a correta interpretação do art. 260.º do CSC¹. Interessa-nos agora o que nos diz o seu n.º 1: «Os atos praticados pelos gerentes, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato social ou resultantes de deliberações dos sócios».

A solução que vemos a constar do preceito reproduzido resulta da transposição da Primeira Diretiva sobre direito das sociedades. Este texto, no entanto, era apenas aplicável a sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações.

A invocação daquela Diretiva deve ser aqui feita porque só desse modo se compreende âmbito de aplicação do art. 260.º, 1, do CSC. E é porque estamos perante a transposição daquela Diretiva que não temos dúvidas em afirmar que o mencionado preceito tem em vista as limitações aos poderes de representação dos gerentes que digam respeito à extensão dos mesmos e não às limitações que somente tenham em vista o modo de exercício daqueles poderes.

É a própria letra do preceito, aliás, que o revela. O art. 260.º, 1, começa por fazer menção aos «atos praticados pelos gerentes» que vinculam a sociedade para com terceiros «não obstante as limitações constantes do contrato social ou resultantes de deliberações dos sócios». As limitações em causa são, por isso, as relativas aos atos que os gerentes podem praticar: os atos que são mencionados no início daquele n.º 1.

Note-se ainda que o art. 9.º, 3, da Primeira Diretiva dava atenção às limitações relativas ao modo de exercício dos poderes de representação. E essas limitações

¹ Para uma análise mais desenvolvida e com muitas referências bibliográficas (também discordantes) v. o nosso comentário aos arts. 260.º e 261.º do CSC, em J. M. COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, IV, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

poderiam ser consideradas oponíveis a terceiros pela legislação interna dos Estados-Membros.

Isto era assim porque a preocupação da Diretiva europeia estava centrada nas dificuldades que as incertezas surgidas na interpretação das cláusulas do contrato de sociedade ou do teor das deliberações dos sócios que dissessem respeito à natureza dos atos poderiam causar às trocas entre agentes económicos de diferentes Estados-Membros: garantia, coisa, bem imóvel, Sicherheit, Verpfändung, são termos que podem não ser facilmente compreensíveis em ordenamentos jurídicos europeus diferentes. A preocupação não era tão grande relativamente à capacidade dos terceiros em saberem contar: em francês, dois são dois; em alemão, três são três.

Quanto às limitações relativas ao modo de exercício dos poderes de representação dos gerentes, a solução deve ser procurada no art. 261.º do CSC, cujo n.º 1 tem a seguinte redação: «Quando haja vários gerentes e salvo cláusula do contrato de sociedade que disponha de modo diverso, os respetivos poderes são exercidos conjuntamente, considerando-se válidas as deliberações que reúnam os votos da maioria e a sociedade vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos gerentes ou por ela ratificados». O CSC português usou, assim, a possibilidade que era aberta pelo art. 9.º, 3, da Primeira Diretiva: contém uma norma que regula o exercício dos poderes de representação pelos gerentes (em regra, a sociedade por quotas fica vinculada pelos negócios concluídos pela maioria); essa norma pode ser afastada por cláusula do contrato de sociedade que estabeleça um regime diferente; esse regime constante do contrato de sociedade será oponível a terceiros. No que diz respeito a esta última afirmação impõem-se alguns desenvolvimentos.

Com efeito, aquela oponibilidade a terceiros resulta da própria letra do art. 260.º, 1: se não há cláusula que disponha diversamente, a sociedade fica vinculada pela maioria dos gerentes; se não intervém a maioria, a sociedade não fica vinculada; se há cláusula que disponha diversamente (exigindo, por exemplo, a intervenção de um número superior ao da maioria), a sociedade fica vinculada com a intervenção do número de gerentes exigido por essa cláusula; se não intervém o número de gerentes exigido pela cláusula do contrato de sociedade, esta não fica vinculada. E não fica vinculada perante terceiros, obviamente. Além disso, se o contrato de sociedade estiver registado e publicado também se aplica o art. 14.º, 2, do CRC e 168.º, 2 e 3, do CSC.

A tudo o que se disse deve somar-se um argumento que se extrai do teor do art. 261.º, 2, do CSC: os gerentes-delegados só vinculam a sociedade «se a delegação lhes atribuir expressamente tal poder». Trata-se de um regime que não faria sentido se qualquer gerente, sozinho, vinculasse sempre a sociedade: afinal de contas, os gerentes-delegados também são gerentes.

O que dizemos não significa que sejamos defensores da solução legalmente consagrada. Pelo contrário. Na nossa opinião, a melhor solução seria a de estabelecer a vinculação da sociedade por quotas através da intervenção de qualquer um dos gerentes. Mas não foi essa a ponderação dos interesses em presença que feita pelo legislador nacional de 1986. Entre os interesses da sociedade e dos sócios, de um lado, e os interesses de terceiros, do outro, a lei fez opções. E são opções que não são descabidas: afinal de contas, o terceiro não está dispensado de conhecer o teor do contrato de sociedade devidamente registado e publicado nem está dispensado de saber contar.

3 A ANALOGIA LEGIS SERVE PARA PREENCHER LACUNAS

Impõe-se analisar agora a questão de saber se fará sentido recorrer ao regime das sociedades por quotas para o aplicar por analogia a uma associação com personalidade jurídica.

Julgamos que a resposta tem que ser negativa. Com efeito, o próprio CCiv. já contém normas que são aplicáveis à atuação em nome daquelas associações, o que afasta a necessidade de recurso à analogia². Desde logo, o art. 167.º, 1, que dispõe que o ato de constituição das mesmas especificará, entre outras coisas, a forma do seu funcionamento. Acresce que o art. 163.º, 1, que se integra no regime geral das pessoas coletivas, também estabelece que a «representação da pessoa coletiva, em juízo e fora dele, cabe a quem os estatutos determinarem ou, na falta de disposição estatutária, à administração ou a quem por ela for designado». Curiosamente, o n.º 2 do mesmo art. 163.º acrescenta que a «designação de representantes por parte da administração só é oponível a terceiros quando se prove que estes a conheciam». Veja-se bem: esta limitação quanto à oponibilidade de designação de representantes apenas diz respeito a representantes designados pela administração.

Quanto ao que consta dos estatutos, também não se pode olvidar o teor do art. 168.º do CCiv.: o n.º 2 ocupa-se da publicação da constituição e estatutos da associação e o n.º 3 revela que, uma vez efetuada a publicação, o ato de constituição e os estatutos produzem efeitos em relação a terceiros³. E isso só pode significar que também serão oponíveis as cláusulas que deles constem quanto à forma de funcionamento da pessoa coletiva e, em particular, quanto à representação da pessoa coletiva (em juízo e fora dele).

No caso das associações sem personalidade jurídica, o art. 195.º, 2, acrescenta algo mais que é relevante para os problemas que estamos a analisar: aquela nor-

² Com outra opinião, invocando um princípio da confiança e da aparência, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 178 e s..

³ Defendendo que antes da publicação o ato de constituição e os estatutos não serão oponíveis a terceiros de boa fé (os terceiros que desconhecem sem culpa), António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, t. III, Almedina, Coimbra, 2004, p. 657.

ma dispõe que as «limitações impostas aos poderes normais dos administradores só são oponíveis a terceiro quando este as conhecia ou devia conhecer». As limitações em causa são, julgamos nós, as que resultam das regras estabelecidas pelos associados (art. 195.º, 1). Nomeadamente, as limitações quanto ao modo de exercício dos poderes de representação pelos membros do órgão de administração⁴. Mas isto mostra também que nas associações com personalidade jurídica a solução é outra.

As associações sem fins lucrativos têm o seu regime marcado por isso mesmo: pelo seu fim não lucrativo. E por isso o regime é bem diferente do que encontramos previsto no CSC, por exemplo, para as sociedades por quotas ou anónimas⁵. Desde logo, o cunho personalístico é ali muito mais forte do que numa sociedade anónima ou, até, numa sociedade por quotas. Basta ver o que encontramos dito no art. 180.º do CCiv.: «Salvo disposição estatutária em contrário, a qualidade de associado não é transmissível, quer por ato entre vivos, quer por sucessão; o associado não pode incumbir outrem de exercer os seus direitos pessoais».

Além disso, nas associações de fim desinteressado ou altruístico a maior proteção dos interesses da associação e dos associados justifica-se porque à «comunidade importa que tais interesses sejam satisfeitos, mesmo por iniciativa particular, porque, faltando esta, seria ela chamada e obrigada à prossecução dos interesses mencionados, empenhando agora os seus recursos próprios»⁶. Quanto às associações de fim interessado ou egoístico, se é certo que os interesses que visam satisfazer são diferentes, «a comunidade está interessada em que aqueles interesses egoísticos ou próprios dos associados sejam prosseguidos, visto haver uma certa coincidência entre as aspirações particulares e os interesses gerais da comunidade, uma vez que esta é beneficiada, pelo menos reflexamente»⁷.

O que dissemos até agora justifica que, na ponderação dos interesses da associação, dos associados e dos terceiros, a balança esteja calibrada de forma diferente relativamente à que pondera os interesses das sociedades comerciais, dos

⁴ Mesmo no que diz respeito às associações sem personalidade jurídica há que ter em conta que se deve «partir do princípio de que quem estabelece relações jurídicas com estas se deve certificar da existência de poderes representativos de quem atua, suscitando, se necessário, e para tanto, a exibição de documentos que comprovem essa qualidade e, por associação, a existência dos correlativos poderes»: João Zenha Martins, *Das associações sem personalidade jurídica*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 195 e s..

⁵ Destacando também que é «outra a posição do Código Civil, ao disciplinar as associações. Isto é coerente com a natureza das associações, que têm na base um grupo de pessoas», Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 291.

⁶ heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 372.

⁷ heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 599. As citações extensas são também uma forma de prestar homenagem aos ensinamentos do Professor Heinrich Ewald Hörster.

respetivos sócios e de terceiros. Essa balança, evidentemente, é a lei. E essa lei também assegura confiança. Desde logo, a terceiros que saibam contar.

4 E SE HOUVESSE LACUNA?

Mesmo que se considere que existe lacuna no regime aplicável diretamente às associações com personalidade jurídica quanto às questões abordadas no Acórdão anotado, a verdade é que o caminho a seguir para o seu preenchimento não deve ser o de recorrer ao art. 260.º do CSC. Com efeito, as associações têm um cunho fortemente personalístico. Justificar-se-ia, por isso, o recurso ao art. 996.º do CCiv. (a sociedade é representada pelos seus administradores «nos termos do contrato [...]») e ao art. 192.º, 3, do CSC. Este último preceito permite à sociedade a «impugnação», em regra, de atos praticados pelos gerentes com falta de poderes que resulte, designadamente, da violação de limitações resultantes do contrato de sociedade.

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO N.º 2/2017 DA 2.ª SECÇÃO
DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO,
PROFERIDO EM JULGAMENTO AMPLIADO A 22 DE
FEVEREIRO DE 2017 (PROCESSO N.º 1658/15)

*NOTES ON THE DECISION NUMBER 2/2017 OF
THE PORTUGUESE SUPREME ADMINISTRATIVE
COURT, SECOND SECTION, JUDGED IN FEBRUARY
22, 2017 (CASE NUMBER 1658/15)*

ANA PAULA ROCHA*

* Doutoranda em Direito na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto. Assistente técnica da Vice-Presidente da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo. Docente convidada no ISCAP. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL. Correio eletrónico: anarocha@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) em anotação está fundamentalmente em causa o âmbito e a extensão dos regimes legais atualmente previstos (e dispersos) na legislação fiscal portuguesa relativamente à isenção de Imposto Municipal sobre Imóveis (“IMI”) aplicável à detenção de imóveis por pessoas coletivas de utilidade pública¹. O Acórdão em anotação assume relevo não só pelo interesse e pela atualidade do *thema decidendum* sobre o qual se pronuncia mas, ainda, pelo facto de ter operado uma alteração no sentido da jurisprudência fiscal portuguesa proferida até então. Neste contexto, pretendemos empreender uma breve anotação sobre as questões jurídicas suscitadas a respeito da isenção supra referida, contribuindo com a nossa reflexão crítica sobre o tema em discussão.

2 BREVE DESCRIÇÃO DO *THEMA DECIDENDUM* E DAS CONCLUSÕES DO STA

De acordo com a matéria de facto dada como provada no Acórdão em anotação, o Recorrente nos autos é um Sujeito Passivo a quem foi concedido o estatuto de utilidade pública ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro. Em 2012, e tomando por fundamento esta qualidade jurídica, o Sujeito Passivo requereu à Autoridade Tributária e Aduaneira (“ATA”, entidade Recorrida nos autos) o reconhecimento de uma isenção de IMI relativamente a um imóvel de que era proprietário, com fundamento em duas disposições legais distintas, a saber:

- A alínea e) do n.º 1 do artigo 44.º do Estatuto de Benefícios Fiscais (“EBF”), nos termos do qual estão isentos de IMI “*as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e as de mera utilidade pública, quanto aos prédios ou parte de prédios destinados directamente à realização dos seus fins*”; e
- A alínea d) do art. 1.º da Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro² que, “*sem prejuízo de outros benefícios previstos na restante legislação aplicável*”,

¹ O Estatuto de Utilidade Pública foi instituído com a aprovação do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de novembro, tendo sido “*concebido para entidades que prestam relevantes serviços à comunidade, suprimindo muitas vezes o papel do próprio Estado. A sua atribuição visa sobretudo apoiar o associativismo, o que se traduz na concessão de regalias a algumas entidades sem fins lucrativos*” – assim, Carlos Paiva e Mário Januário, *Os benefícios fiscais nos impostos sobre o património*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 162.

² Com a aprovação da Lei n.º 151/99, de 14 de setembro foi atualizado o regime de regalias e isenções fiscais aplicáveis às pessoas coletivas de utilidade pública.

consagrou a possibilidade de concessão às pessoas colectivas de utilidade pública de uma isenção relativa à “*contribuição autárquica de prédios urbanos destinados à realização dos seus fins estatutários*”.

A pretensão do Sujeito Passivo foi indeferida pela ATA apenas com fundamento no incumprimento dos pressupostos legais exigidos pelo artigo 44.º do EBF para a atribuição da isenção – mais concretamente, na inexistência de uma afetação *direta* dos imóveis à realização dos fins estatutários do Sujeito Passivo. Para a ATA, a afetação a estes fins das “*mais-valias realizáveis com a alienação do imóvel, bem como [de] eventuais rendimentos resultantes de arrendamento temporário*” do mesmo (conforme alegado pelo Sujeito Passivo) não se mostrava bastante ou adequado para o preenchimento dos requisitos de atribuição daquela isenção.

Perante este indeferimento, que foi reiterado pela Sub-Diretora Geral dos Impostos em sede de recurso hierárquico, o Sujeito Passivo intentou uma ação administrativa especial no Tribunal Administrativo e Fiscal (“TAF”) de Aveiro, a qual foi julgada procedente. Porém, uma vez que a sentença do TAF de Aveiro foi posteriormente revogada pelo Tribunal Central Administrativo (“TCA”) Norte (na sequência do recurso jurisdicional interposto pela ATA neste Tribunal), o Sujeito Passivo intentou o recurso de revista que analisamos na presente anotação, o qual foi admitido pelo STA para a concreta apreciação das seguintes questões:

- Saber qual o regime legal aplicável à isenção de IMI relativa a Pessoas Coletivas de Utilidade Pública a partir da entrada em vigor do Código do IMI (em concreto, se deve ser aplicado o disposto na Lei n.º 151/99, de 14 de setembro, o disposto no EBF ou, ainda, os dois regimes legais em simultâneo);
- Considerando-se aplicável o regime legal previsto no artigo 44.º do EBF, saber que realidades estão subsumidas na expressão legal “*prédios destinados **diretamente** à realização dos seus fins*”.

Neste particular contexto, o STA pronunciou-se pela possibilidade *abstrata* de aplicação dos dois regimes legais em análise à isenção de IMI relativa a Pessoas Coletivas de Utilidade Pública, por ter concluído que tais regimes legais ainda se encontravam, à data dos factos, em vigor. Em particular, e por ter sido esse o diploma cuja aplicação foi negada pela ATA, o STA considerou que a isenção prevista na Lei n.º 151/99, de 14 de setembro não havia cessado a sua vigência, pois que não tinha sido objeto de revogação expressa nem de revogação tácita até então (ao abrigo do disposto no artigo 7.º do Código Civil). Porém, e no que se refere à apreciação da possibilidade de aplicação *concreta* de cada um dos regimes legais suprarreferidos no caso *sub judice*, o STA concluiu que a isenção de IMI requerida pelo Sujeito Passivo não poderia ser concedida com base no regime legal previsto no artigo 44.º do EBF, uma vez que esta norma exige, como pressuposto de

atribuição da isenção, a afetação *direta* do imóvel aos fins estatutários do Sujeito Passivo. Para o STA, este requisito de afetação *direta* apenas pode considerar-se cumprido quando o imóvel é utilizado para a instalação da sede, das delegações e de outros serviços indispensáveis ao fito estatutário da entidade requerente – o que não havia sido provado pelo Sujeito Passivo no caso em apreço. Diversamente, e uma vez que o regime legal de isenção previsto na Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro não exige a afetação *direta* do imóvel aos fins estatutários do Sujeito Passivo, o STA considerou que tal regime poderia ser aplicável ao caso em análise, razão pela qual condenou a ATA a reapreciar o pedido de isenção submetido pelo Sujeito Passivo à luz do disposto nessa Lei (por se tratar de um benefício fiscal dependente de reconhecimento sobre o qual a ATA não emitiu qualquer pronúncia³).

3 ANÁLISE CRÍTICA

3.1. Os regimes legais de isenção de IMI aplicáveis a pessoas coletivas de utilidade pública

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro, operou-se em Portugal uma reforma da tributação do património, ao abrigo da qual foi revogado o Código da Contribuição Autárquica⁴ e foi aprovado o Código referente ao novo imposto incidente sobre o valor patrimonial tributário dos prédios rústicos e urbanos situados em território português – o IMI⁵. De acordo com o preâmbulo do novo Código, a criação do IMI obedeceu a 3 objetivos fundamentais: adoção de um novo sistema de determinação do valor patrimonial tributário dos imóveis, atualização desses valores e repartição mais justa e equitativa da tributação da propriedade imobiliária, principalmente no plano intergeracional⁶.

³ Nos termos do artigo 5.º do EBF, os benefícios fiscais podem ser automáticos (quando resultam direta e imediatamente da lei) ou dependentes de reconhecimento (o que pode ter lugar por ato administrativo ou por acordo entre a Administração e os interessados).

⁴ O Código da Contribuição Autárquica foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-C/88, de 30 de Novembro e “*consistia num imposto de receita municipal, visando a tributação estática do património imobiliário*”, conforme expõem Jónatas E. M. Machado e Paulo Nogueira da Costa, *Manual de Direito Fiscal – Perspetiva Multinível*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 408 e 409.

⁵ José Fernandes Pires, *Os Impostos sobre o Património, Lições de Fiscalidade – Volume I – Princípios gerais e fiscalidade interna*, Coordenação de João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 415.

⁶ Neste contexto, José Casalta Nabais, “Direito Fiscal”, 9.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 442 conclui “*que a reforma em causa se traduziu sobretudo numa profunda reforma do sistema de avaliação da propriedade, em especial da propriedade urbana, o qual passou a ser dotado de um quadro legal de avaliações totalmente assente em factores objectivos, de grande simplicidade e coerência interna, sem espaço para a subjectividade e discricionariedade do avaliador*”. No mesmo sentido, Luís Rodrigues Antunes, “Reforma da Tributação do Património – O novo regime de avaliações da propriedade urbana”, *Estudos de Direito Fiscal – Teses seleccionadas do I Curso de Pós Graduação*

No demais – e particularmente no que se refere ao plano da incidência – o novo imposto continuou a seguir “*a conceção que presidia à contribuição autárquica*”, razão pela qual foram mantidas em vigor diversas regras aprovadas e publicadas no contexto da contribuição anterior.

Com efeito, a clareza e a expressividade das normas incluídas no Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro não nos oferecem dúvidas: o legislador fiscal da reforma pretendeu manter em vigor, no âmbito do IMI, as normas anteriormente referentes à Contribuição Autárquica que não tenham sido objeto de revogação ou alteração expressa no contexto da reforma. É disso exemplo o n.º 1 do artigo 28.º daquele diploma legal (nos termos do qual “*todos os textos legais que mencionam Código da Contribuição Autárquica ou contribuição autárquica consideram-se referidos ao Código do Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI) ou ao imposto municipal sobre imóveis (IMI)*”) e, em especial, o n.º 6 do artigo 31.º do mesmo diploma, que determinou a **manutenção em vigor dos “benefícios fiscais relativos à contribuição autárquica, agora reportados ao IMI”** (nosso sublinhado)⁷.

Perante esta clara *voluntas legis*, podemos logicamente inferir que a reforma da tributação do património transportou para o IMI os dois regimes legais de isenção que já existiam no contexto da Contribuição Autárquica por referência aos prédios detidos por pessoas coletivas de utilidade pública – e fê-lo independentemente de as normas terem passado a fazer referência expressa ao IMI (como aconteceu com a isenção prevista no artigo 44.º do EBF) ou de terem, alternativamente, mantido a referência textual à antiga Contribuição Autárquica (como aconteceu com a isenção prevista na Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro). Com efeito, os dois regimes legais de isenção de que cuidamos foram aprovados *antes* da reforma da tributação do património e mantiveram-se em vigor *apesar* desta reforma, ao abrigo do disposto nos artigos 28.º e 31.º do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro, atrás analisados⁸.

No entanto, e sem prejuízo desta conclusão, importa porém equacionar se a *aparente* similitude das normas em análise ao nível textual não será apta a de-

em Direito Fiscal da FDUP, Coimbra: Almedina, 2006, p. 293 refere que a reforma da tributação do património visou inverter “*a situação verdadeiramente insustentável que se verificava, dadas as injustiças e iniquidades que caracterizavam os Impostos sobre o Património (CA, Sisa e ISD)*”.

⁷ Perante a expressividade destas normas, José Casalta Nabais, *ob. cit.*, p. 442 refere que a reforma da tributação do património “*foi mais na forma do que na substância, uma vez que o IMI não passa, a seu modo, de um novo nome para a anterior Contribuição Autárquica*”.

⁸ Cumprindo a este respeito referir que os regimes legais em análise atribuem à isenção de que cuidamos um carácter permanente e não temporário. A este respeito, e conforme ensina Nuno Sá Gomes, “*Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* – N.º 165, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1991, pág. 145, “*Os benefícios fiscais dizem-se permanentes quando são estabelecidos para o futuro, sem predeterminação da respectiva duração; dizem-se temporários quando a lei fixa um limite temporal à duração do benefício*”. Vide ainda o artigo 3.º n.º 1 e 3 e o artigo 14.º do EBF.

terminar a revogação tácita de um dos regimes legais de isenção, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 7.º do Código Civil (nos termos do qual a revogação de leis pode resultar não apenas de declaração expressa nesse sentido, mas ainda “*da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior*”).

Mas entendemos que não.

Em primeiro lugar, cumpre considerar que a data de aprovação da isenção de IMI prevista na Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro é *posterior* à data aprovação da isenção de IMI prevista no EBF⁹. Ora, no corpo do texto da nova isenção, o legislador fiscal previu expressamente que a mesma poderia ser concedida pela ATA “*sem prejuízo de outros benefícios previstos na restante legislação aplicável*”, assim admitindo e não afastando a possibilidade de vigência simultânea da nova isenção com outros benefícios fiscais anteriormente consagrados e igualmente aplicáveis (designadamente, a isenção prevista no artigo 44.º do EBF). Ora, analisados os registos do debate parlamentar que antecedeu a aprovação da Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro, cremos que o elemento textual de que nos ocupamos não pode ser entendido como meramente circunstancial. Com efeito, apesar de a similitude das duas normas ter sido trazida à discussão parlamentar¹⁰, o legislador fiscal não revogou nem alterou o texto da isenção prevista no artigo 44.º do EBF (como poderia ter feito, caso assim o pretendesse), tendo a Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro sido aprovada com o texto que hoje conhecemos.

Adicionalmente, e apesar de serem claramente identificáveis alguns pontos de contacto e de sobreposição entre as duas isenções (designadamente, no que se refere aos requisitos de natureza subjetiva, associados à qualidade do proprietário do imóvel), cremos não ser possível afirmar que exista uma absoluta similitude entre as normas, capaz de conduzir a uma revogação tácita ao abrigo do disposto no artigo 7.º n.º 2 do Código Civil. Com efeito, e atendendo especialmente ao elemento objetivo de cada isenção, verificamos que o benefício previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 44.º do EBF se dirige aos prédios que, independentemente da respetiva natureza (rústicos, urbanos ou mistos) sejam destinados diretamente à realização dos fins da pessoa coletiva; por sua vez, a isenção prevista na alínea d) do art. 1.º da Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro é apenas aplicável aos prédios urbanos que sejam destinados direta ou indiretamente à realização dos fins da entidade. Face a este âmbito, e não tendo o legislador fiscal revogado expressamente a isenção do EBF com a aprovação da isenção da Lei n.º 151/99, de 14 de setembro, não pode ser o intérprete a afirmar tal revogação, pois que não se encontram reuni-

⁹ O EBF foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de julho. À data da sua aprovação, a isenção de IMI prevista no artigo 44.º do EBF encontrava-se prevista no artigo 50.º desse Estatuto.

¹⁰ Vide, a este respeito, o Diário da Assembleia da República de 08-01-1999, 2.ª série-A, n.º 27, pp. 742 e 743 e de 01-07-1999, 1.ª série, n.º 100, pp. 23 e 24.

dos os requisitos previstos no n.º 2 do artigo 7.º do Código Civil para o efeito. Em rigor, a consideração dessa revogação tácita teria como consequência a anulação da isenção prevista no EBF para os prédios rústicos e mistos diretamente afetos à realização dos fins da entidade, prédios estes que não se encontram incluídos no âmbito da isenção prevista na Lei n.º 151/99, de 14 de setembro.

Apesar de concluirmos pela vigência simultânea dos dois regimes legais de isenção, não podemos deixar de lamentar a multiplicidade de diplomas legais avulsos em matéria tributária, em especial no caso dos benefícios fiscais que, pela sua própria natureza, são medidas de caráter excecional que consagram interrogações ou “desvios” face ao regime geral de tributação¹¹. Em rigor, continuam fora do EBF numerosos benefícios fiscais, designadamente em matéria de impostos sobre o património, o que, para além de consistir numa contradição inexorável do legislador fiscal (pois que “*a partir do momento em que passou a haver uma codificação dos benefícios fiscais, era inteiramente razoável esperar que toda a disciplina correspondente fosse, de então em diante, tendencialmente integrada no EBF, ou a esta codificação fosse reconduzida através das necessárias revisões periódicas*”¹²) contrária, “*de algum modo, pressupostos e princípios acolhidos no estatutário regime dos benefícios fiscais, nomeadamente o da estabilidade e sistematicidade, o da simplicidade, o da simplicidade, o da excecionalidade e segurança (cf. vg. LGT: art.s 7º/3, in fine, e 14º/3 e ainda, EBF: art. 6º/1)*”¹³.

3.2. Utilização direta do prédio

Concluindo-se pela manutenção em vigor, no âmbito do IMI, dos dois regimes legais de isenção em análise, importa então dedicar a nossa atenção na segunda (e última) questão analisada pelo STA, relativa à compreensão do sentido e alcance do pressuposto exigido pelo artigo 44.º do EBF (aplicação exclusiva aos “*prédios destinados diretamente à realização dos*” fins da pessoa coletiva)¹⁴.

Em termos gerais, e como explica Américo Brás Carlos¹⁵, as normas fiscais “*interpretam-se como as demais normas jurídicas. Isto é, no caso português, de*

¹¹ Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do EBF, os benefícios fiscais são “*medidas de carácter excecional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem*”.

¹² José Casalta Nabais, *ob. cit.*, p. 402. Refira-se ainda a este respeito que “*quando da publicação do Decreto-Lei n.º 215/89 de 1 de Julho, o legislador dava ênfase à “multiplicidade e dispersão dos benefícios fiscais”, como sendo um dos aspetos mais criticáveis do sistema tributário português*” – assim, Carlos Paiva e Mário Januário, *ob. cit.*, p. 67

¹³ Carlos Paiva e Mário Januário, *ob. cit.*, p. 161.

¹⁴ A este respeito, importa salientar que a nossa análise apenas pode ser lida no contexto do artigo 44.º do EBF, não podendo ser extrapolada para outros âmbitos de aplicação (designadamente, de forma a interpretar a alínea d) do art. 1.º da Lei n.º 151/99, de 14 de setembro).

¹⁵ *Impostos – Teoria Geral*, 3.ª edição atualizada, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 221 e 222.

*acordo com os princípios constantes do artigo 9.º do Código Civil*¹⁶. (...) *É esta a posição dominante na doutrina atual e dela fez eco a LGT*", no n.º 1 do seu artigo 11.º. Porém, e sem prejuízo da natural aplicação e observância destes princípios, importa chamar à colação dois aspetos que nos parecem absolutamente relevantes.

Em primeiro lugar, importa considerar que estamos perante normas que consagram benefícios fiscais. Admitindo-se neste contexto a interpretação extensiva (nos termos do artigo 10.º do EBF e do artigo 11.º do Código Civil), apenas *“quando os dados interpretativos obtidos forem absolutamente seguros poderá o intérprete alcançar um resultado que alargue o alcance da exceção para além do seu dizer expresso”*¹⁷, estando a integração analógica proibida¹⁸.

Adicionalmente, cumpre referir que a palavra sobre a qual nos debruçamos – *“direta”* – não tem uma natureza jurídica *per se*, tratando-se antes de uma palavra comumente utilizada na língua portuguesa em diversos domínios. Como explicam Jónatas E. M. Machado e Paulo Nogueira da Costa, *“nem todos os conceitos utilizados na lei fiscal têm uma natureza jurídica”*, devendo nesses casos *“recorrer-se, em princípio, ao sentido usual dos conceitos, ou ao seu sentido técnico, quando se trate de termos técnicos”*¹⁹. Ora, de acordo com o Dicionário Priberam da Língua²⁰, **direto** é um adjetivo que caracteriza uma realidade *“cuja direção é reta. Que se faz sem intermediários. Que se faz sem rodeios. Imediata. (...)”*.

Face a estas considerações, e mantendo sempre presente que *“na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”* (artigo 9.º n.º 3 do Código Civil), não podemos senão concluir que se o legislador fiscal impôs que a isenção de IMI apenas pode ser reconhecida *“quanto aos prédios ou parte de prédios destinados diretamente à realização dos”* fins da pessoa coletiva, tal significa que o legislador fiscal expressamente impôs que apenas podem caber no âmbito da isenção os imóveis que, *per se*, sirvam os interesses estatutários da entidade. Como tal, os imóveis incluídos no âmbito da isenção têm

¹⁶ Expondo as diversas orientações doutrinárias relativamente à perspetiva interpretativa adotada no ordenamento jurídico português *vide* Pedro Trovão Rosário *et. al*, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 301 e seguintes.

¹⁷ António Pereira Madeira, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014, p. 1243.

¹⁸ Esta é, aliás, a posição que tem vindo a ser seguida pelo próprio STA, que se tem pronunciado pela imposição de uma interpretação estrita ou declarativa das normas que consagram benefícios fiscais, concluindo que os mesmos apenas podem ser aplicados aos casos expressamente contemplados no benefício concedido. Neste sentido *vide*, por todos, o Acórdão do STA proferido a 22 de fevereiro de 2017 no âmbito do recurso n.º 01245/16.

¹⁹ *Ob. cit.*, p. 218. Estes Autores referem, contudo, que não está excluída a possibilidade de *“adoção de um sentido especificamente “tributário”, sempre que isso resulte de uma interpretação teleológico-racional”*.

²⁰ <https://www.priberam.pt/dlpo/direto> [consultado em 13-09-2018].

de contribuir de forma clara e inequívoca para a realização do fito estatutário da entidade – o que acontece, a título de exemplo, com os imóveis onde se desenvolve a atividade do Sujeito Passivo.

Diversamente, os imóveis que apenas poderão contribuir de forma mediata, indireta ou potencial para a realização dos fins estatutários do Sujeito Passivo não podem considerar-se incluídos no âmbito da isenção, pois que não apresentam um vínculo direto com o desenvolvimento da sua atividade estatutária. É o que acontece nos casos em que apenas são destinados aos fins da entidade os frutos do imóvel (tais como eventuais rendas recebidas pelo seu arrendamento ou as mais-valias decorrentes da respetiva alienação), mas não o imóvel em si mesmo considerado – como aconteceu, em rigor, no caso em anotação²¹.

4 CONCLUSÃO

Atendendo a este enquadramento, cremos que se decidiu bem no Acórdão do STA em anotação. Em particular, e no que à vigência da Lei n.º 151/99, de 14 de setembro respeita, importa louvar o facto de o Acórdão em análise ter operado uma alteração jurisprudencial de relevo, rompendo com a reiterada interpretação que vinha sendo feita a este respeito até então^{22, 23}.

Menos bem vai, porém, a falta de estabilidade e de sistematicidade a que a previsão legal dos benefícios fiscais em Portugal se encontra votada. A multiplicidade de diplomas legais que preveem benefícios fiscais (muitas das vezes, relativamente ao mesmo imposto e aos mesmos sujeitos passivos, como acontece no caso em análise) diminui a falta de clareza da legislação fiscal e aumenta,

²¹ A este respeito, sublinhamos novamente que a nossa análise apenas pode ser lida no contexto do artigo 44.º do EBF, não podendo ser extrapolada para outros âmbitos de aplicação (designadamente, de forma a interpretar a alínea d) do art. 1.º da Lei n.º 151/99, de 14 de setembro).

²² Com efeito, em momento anterior à prolação do Acórdão em análise, a jurisprudência proferida pelo TCA Norte e pelo TCA Sul ia no sentido de considerar que a alínea d) do artigo 1.º da Lei n.º 151/99, de 14 de setembro tinha cessado a sua vigência aquando da aprovação do IMI (e consequente revogação da Contribuição Autárquica). De acordo com essa jurisprudência, “*se a norma de incidência [v.g., a Contribuição Autárquica] desaparece do ordenamento jurídico, a norma de agravamento desaparece concomitantemente. Não se transfere para outra norma de incidência. A menos que a lei o determine especialmente, designadamente no seu regime transitório*” – assim ignorando o disposto no n.º 6 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro, que determinou a manutenção em vigor dos “*benefícios fiscais relativos à contribuição autárquica, agora reportados ao IMI*” (nosso sublinhado). Nesse sentido, e a título exemplificativo, vejam-se o Acórdão do TCA Sul proferido a 29 de junho de 2016 no âmbito do Processo n.º 09589/16 e o Acórdão do TCA Norte proferido a 9 de junho de 2015 no âmbito do processo n.º 00699/13.8BECRB.

²³ Seguindo a jurisprudência que resulta do Acórdão em anotação veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STA proferido a 8 de novembro de 2017 no âmbito do Processo 01640/15, o Acórdão do TCA Sul proferido a 6 de Abril de 2017 no âmbito do Processo n.º 07674/14 e o Acórdão do TCA Norte proferido a 14 de Junho de 2017 no âmbito do Processo n.º 00071/14.2BEMDL.

paralelamente, a dificuldade de interpretação e de conhecimento do catálogo de benefícios em vigor – o que é absolutamente indesejável sobretudo porque, nesta matéria, estamos perante medidas de carácter extraordinário, que contrariam, pela sua natureza, os princípios da generalidade e da igualdade na tributação.

II

XURISPRUDENCIA

II.2.2. ANOTACIÓNS XURISPRUDENCIA (ESPAÑA)

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 327-335
ISSN: 1130-2682

DE NOVO SOBRE A CONDICIÓN DE PROMOTOR
NAS COOPERATIVAS DE VIVENDA (ANOTACIÓN
Á SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
VALLADOLID DE 9 DE XANEIRO DE 2018)

*AGAIN ABOUT THE CONDITION OF PROMOTER IN HOUSING
COOPERATIVES (ANNOTATION TO THE JUDGEMENT OF THE
COURT OF APPEAL OF VALLADOLID, JANUARY 9TH 2018)*

ANXO TATO PLAZA*

* Catedrático de Dereito Mercantil, Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: atato@uvigo.es

1 ANTECEDENTES

Unha comunidade de propietarios —e varios propietarios máis a título individual— formularon demanda fronte a unha cooperativa de vivendas, a xestora GPS, e un sindicato. Na demanda, reclamaban unha indemnización pola reparación dunha serie de deficiencias construtivas detectadas no edificio. Segundo os demandantes, as demandadas debían afrontar esta indemnización ao ostentar a condición de promotoras encubertas. Ao seu entender, no seu caso non se producira un auténtico proceso cooperativo que culminase coa adjudicación das vivendas aos cooperativistas, ostentando estes últimos o poder de decisión sobre o proceso de edificación. Pola contra, producírase unha promoción inmobiliaria impulsada e totalmente controlada polas tres entidades demandadas, obtendo a xestora o beneficio económico correspondente ao promotor.

A demanda foi desestimada inicialmente en primeira instancia. Os demandantes interpuxeron entón un recurso de apelación perante a Audiencia Provincial de Valladolid. Este recurso foi tamén desestimado.

2 A SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

Algúns dos argumentos que emprega a sentenza para desestimar o recurso de apelación son os que reproducimos a continuación:

“Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en una anterior ocasión acerca de la figura del promotor encubierto que bajo la capa de una cooperativa realmente impulsa, dirige y se beneficia del proceso constructivo mas sin asumir las responsabilidades contractuales o ex LOE que del mismo pudieran derivarse. Así en nuestra sentencia de 5 de junio de 2013, citada por la parte apelante, decíamos que “Como segundo motivo para fundar la falta de legitimación pasiva la entidad recurrente aduce que no pueden imputársele las responsabilidades derivadas de la Ley de Ordenación de la Edificación para el promotor ni las contractuales derivadas de los contratos de compraventa de las diferentes viviendas. Argumenta que su intervención se limitó a prestar el servicio de mera gestión de la promoción a cambio de un precio consistente en un porcentaje sobre el valor de venta, a cuyo solo efecto fue contratada por la Cooperativa, siendo ésta quien actuó como vendedora de las viviendas y quien promovió y controló el proceso constructivo, contratando a los técnicos, a la constructora, diligenciando a su nombre las licencias y permisos administrativos e inscribiendo la propiedad del inmueble.

Hemos de decir al respecto que, tal y como se constata en la exposición de motivos de la Ley de Ordenación de la Edificación, no es infrecuente que una entidad ejerza toda la iniciativa, impulso, dirección y financiación del proceso constructi-

vo, empleando para ello los recursos de los futuros adquirentes y la financiación que se solicita a nombre de estos, mientras aparenta ser mera gestora o mandataria de los integrantes de una comunidad de bienes, creada por la propia gestora, o de una cooperativa también controlada por ella. Ésta es en realidad quien asume las funciones del promotor y obtiene los beneficios esperados por éste, pero sin asumir las responsabilidades que los artículos 1591 del Código Civil y 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación atribuyen al promotor, haciendo pasar a los compradores de las viviendas por autopromotores, mientras que quien realmente controla las obras de edificación para su entrega a terceros, por cualquier título, y obtiene la ganancia correspondiente al promotor es la gestora. En realidad los cooperativistas (designados como promotores directos en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal y adjudicación) son simples compradores a través de un cauce jurídico indirecto, siendo su único interés el obtener una vivienda de las características ofertadas por el precio estipulado, dentro del cual se incluyen los honorarios o ganancias percibidas por la gestora-promotora. La regulación jurídica de las entidades cooperativas no se endereza ni fue prevista para dar cobertura a una promoción de viviendas en la que el verdadero promotor quede como mero gestor o administrador de los intereses de los cooperativistas, siendo estos en realidad meros compradores y no autopromotores. Se trata de un fraude de ley ante el cual debe operar lo dispuesto en el artículo 6, apartado cuatro, del Código Civil, es decir la aplicación de la norma que con ello se ha tratado de eludir, que no es otra sino el régimen de responsabilidades y garantías contemplado en el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, imponiéndose a la gestora las responsabilidades que en el mismo se previenen en relación al promotor (...).

El análisis de la doctrina jurisprudencial en torno a la figura del promotor encubierto o promotor de comunidades o cooperativas que actúa bajo capa de una gestora, así entre otras las STS de 5-5-2015, 27-4-2009, 16-12-2004, 25-2-2004, etc., desvela que nuestro Tribunal Supremo ha apreciado su existencia en base a la concurrencia de una serie de datos de similar sentido a los anteriormente citados. Así entre ellos que fuera la gestora quien ostentase la titularidad o una opción de compra sobre el solar en que iba a levantarse la edificación, que fuera ella quien eligiese y contratase a la constructora o a los técnicos, que el proyecto estuviera ya redactado previamente a la constitución de la comunidad o de la cooperativa, que aquélla fuera quien buscarse, programase y decidiera la financiación, que seleccionase a los comuneros y les cobrase para poder inscribirse como tales, declarase la obra nueva, confeccionase los estatutos, que percibiere unos emolumentos reveladores de un lucro no proporcionado en relación a los teóricos servicios de gestión que debía limitarse a prestar, el que ostentase el control del plan y plazos constructivos, se reservase la facultad de dar de baja al socio que no abona-

se las cuotas o derramas y la facultad de sustituirlo por otro, el carácter irrevocable del contrato de gestión estableciéndose una penalización en caso contrario, etc.

La parte actora hoy apelante en su recurso pone de manifiesto una serie de datos y circunstancias que a su entender justifican la aplicación al caso que nos ocupa de la doctrina del promotor encubierto. En relación con los mismos el análisis de la prueba practicada permite constatar otra serie de datos y circunstancias que a nuestro entender y en su conjunta consideración con aquellos otros vedan incardinar el caso que nos ocupa en la figura del promotor encubierto y extender a las tres entidades codemandadas las responsabilidades tanto contractuales cuanto las derivadas del art. 17 de la LOE y de la legislación tuitiva de los consumidores que cabe predicar respecto del promotor encubierto. Así:

- No cabe desconocer que el sindicato CCOO es el impulsor de las cooperativas de viviendas Vitra, que han desarrollado más de 30.000 viviendas en nuestro país, y al mismo tiempo socio único de la gestora GPS, constituida poco después de aquella para proporcionar un instrumento de gestión integral al desarrollo de los correspondientes procesos constructivos. Tanto la Cooperativa como la gestora así lo hacen constar expresamente en sus respectivas publicidades, presentándose ambas ante la opinión pública bajo el amparo de la solvencia, confianza y prestigio que ostenta el sindicato en determinados sectores de la población y como instrumentos de su implicación cara a solventar el problema de la vivienda en la población trabajadora. Tal frente común viene reforzado por el hecho de que la inscripción en la cooperativa es gratuita para los afiliados del sindicato, que estos gozan de un descuento y que significados miembros a nivel territorial de dicha organización sindical son quienes ocupan los cargos de responsabilidad en la cooperativa, tal y como estos admiten en sus declaraciones testificales. Sin embargo es público y notorio que no ha sido solo CCOO, sino también otros sindicatos, quienes en nuestro país han impulsado, dentro de sus políticas sociales relacionadas con el problema de la vivienda, la constitución de cooperativas con la finalidad de proceder a la construcción de viviendas de protección oficial y adjudicarlas posteriormente a los socios cooperativistas, con ciertas ventajas al efecto para sus afiliados y ofreciendo su público respaldo a dichas entidades.
- Es cierto así mismo que la Cooperativa, constituida doce años antes de que se iniciase la promoción del edificio que hoy nos ocupa, carecía de domicilio, material y personal propios en Valladolid, ocupando los locales de la gestora, siendo ésta quien gestionaba por completo el desarrollo de la promoción en todos sus aspectos a cambio de unos honorarios del 8% sobre el gasto total de la promoción, honorarios que ascendieron a más de 1 millón de euros. Es la propia GPS quien se ha encargado de la gestión de los procesos constructivos desarrollados por esta Cooperativa en Castilla y

León y también de otros muchos en todo el territorio nacional, mas no solo ha gestionado procesos constructivos afectos a esta concreta cooperativa sino también a otras distintas y en promociones públicas en Andalucía. Es sin embargo también práctica no infrecuente en dicho ámbito la creación por parte del sindicato de una entidad gestora o bien su participación en la misma, encargándose ésta de toda gestión del proceso constructivo en sus vertientes administrativa, de control técnico, etc.”

3 A CONDICIÓN DE PROMOTOR NAS COOPERATIVAS DE VIVENDA

3.1. As cooperativas de vivenda e a condición de promotor na xurisprudencia anterior á Lei de ordenación da edificación

a) A elaboración xurisprudencial da figura do promotor

Como é ben sabido, a figura do promotor é relativamente recente, razón esta pola que non nos debe estranar que non fose contemplada polo Código Civil. En efecto, o artigo 1591 do Código Civil, ao regular a responsabilidade por vicios na construción, contemplaba unha única figura: a do contratista. E atribuíu a esta figura –o contratista– unha responsabilidade decenal por vicios na construción.

Sen embargo, o silencio do Código Civil en punto á figura do promotor non foi obstáculo para que a xurisprudencia equiparase esta figura á do contratista contemplada polo artigo 1591 do Código Civil. Neste eido, merecen ser destacadas dúas sentenzas do Tribunal Supremo. Referímonos ás súas sentenzas de 11 de outubro de 1974 e de 1 de marzo de 1984. Exponse nesta última que se ben é certo que o termo de promotor non foi utilizado polo Código Civil, por resultar descoñecido naquela data, o promotor debe ser equiparado ao contratista ou construtor contemplado polo artigo 1591 do Código Civil, asumindo a mesma responsabilidade que este. Subliñou tamén o alto Tribunal que, para a cualificación dunha persoa física ou xurídica como promotor, deben concurrir nel varias condicións. Así, en primeiro termo, o promotor debe ser o propietario do terreo, o construtor, e o propietario da edificación levada a cabo sobre aquel. En segundo termo, o promotor debe ser o vendedor dos diversos locais ou pisos en réxime de propiedade horizontal. Sen embargo, a condición de promotor non queda excluída polo feito de que este contrate persoal máis ou menos especializado para a execución dos diversos elementos que integran a construción dun edificio.

b) Promotor construtor e promotor mediador

Así as cousas, segundo a xurisprudencia anterior á Lei 38/1999, tan só podía ser calificado como promotor aquela persoa física ou xurídica que, ademais de ser propietaria do solo, asumía a construción, a propiedade da edificación resultante,

e a posterior venda ou enaxenación desta a terceiros, obtendo o beneficio económico resultante.

Polo demais, estes requisitos, segundo a xurisprudenza anterior á Lei 38/1999, permitían trazar unha nítida distinción entre a figura do promotor construtor –equiparado ao contratista aos efectos da aplicación do artigo 1591 do Código Civil– e o promotor mediador. Este, a diferenza do promotor construtor, non destina as vivendas ao tráfico; ou o que é o mesmo, non asume a construción e a propiedade da edificación co ánimo de enaxenar as vivendas resultantes para así obter un beneficio económico. Por conseguinte, o promotor mediador non podía ser equiparado ao contratista, nin asumía polo tanto a responsabilidade decenal que a este lle atribúe o artigo 1591 do Código Civil.

c) As cooperativas de vivenda como promotoras mediadoras

Aos efectos que aquí nos interesan, debemos destacar que, na súa sentenza de 1 de outubro de 1991, o Tribunal Supremo xa apuntou ás cooperativas de vivenda como entidades que merecían a cualificación de promotor-mediador. Así, tras destacar as características desta figura, e diferenciala respecto do promotor-construtor, o Tribunal Supremo subliñou expresamente que na figura do promotor mediador estarían incluídas “certas cooperativas adicadas exclusivamente a procurar vivendas aos seus socios”.

3.2. As cooperativas de vivenda e a condición de promotor na Lei de Ordenación da Edificación

Tras a elaboración pola xurisprudenza da figura do promotor, e a súa diferenciación respecto do promotor-mediador (figura esta última na que quedaban encadradas as cooperativas de vivenda), promulgouse a Lei 38/1999, de 5 de novembro, de ordenación da edificación.

O artigo 9 desta Lei ofrece un concepto legal de promotor. Segundo se establece neste precepto, “será considerado promotor calquera persoa física ou xurídica, pública ou privada, que individual ou colectivamente, decide, impulsa, programa e financia, con recursos propios ou alleos, as obras de edificación para si ou para a súa posterior enaxenación, entrega ou cesión a terceiros baixo calquera título”.

Pois ben, a meirande parte da doutrina e da xurisprudenza defenden que, no caso das cooperativas de vivendas, o socio —durante a construción— é copropietario dos fondos aportados e do construído, substituíndose a cuota *pro indiviso* da que é titular o socio durante a construción por un dereito de propiedade individual no momento da adxudicación da vivenda, sen que nesta adxudicación se poida apreciar a existencia dun acto de enaxenación ou transmisión de propiedade.

En consecuencia co anterior, débese afirmar que, nas cooperativas de vivenda, os socios promoven colectivamente vivendas para o seu propio uso. Polo tanto, a cooperativa non poderá ser considerada promotora en senso estricto en relación coas vivendas construídas para a súa posterior adxudicación aos socios, e só ocupará a posición de promotor en relación con aqueles locais ou instalacións que, en lugar de ser adxudicados aos socios, sexan alleados a terceiros. En cambio, en relación coas vivendas construídas para a súa posterior adxudicación aos socios, a cooperativa non ostenta a condición de promotor, condición esta que debe ser atribuída aos propios socios.

3.3. As sociedades de xestión e a condición de promotor

As conclusións ata aquí obtidas, polo demais, só son válidas na hipótese de cooperativas cúa constitución poida ser atribuída aos propios socios, correspondendo á cooperativa o impulso e programación da correspondente promoción inmobiliaria.

En efecto, a Lei 38/1999 segue deixando aberta a posibilidade de atribuír a condición de promotor á sociedade xestora cando esta, pola súa intervención decisoria, actúe como promotora de feito. Neste senso, o art. 17.4 da Lei de ordenación da edificación amósase tallante ao afirmar que, “sen prexuízo das medidas de intervención administrativa que en cada caso procedan, a responsabilidade do promotor que se establece nesta Lei estenderase ás persoas físicas ou xurídicas que, a tenor do contrato ou da súa intervención decisoria na promoción, actúen como tales promotores baixo a forma de promotor ou xestor de cooperativas ou de comunidades de propietarios ou outras figuras análogas”.

A sentenza que comentamos -como non podía ser doutro xeito- reconece a posibilidade de que a sociedade xestora dunha cooperativa de vivenda ostente a condición de promotora de feito ou encuberta. Ao propio tempo, delimita o criterio que debe ser utilizado para atribuír esta condición á sociedade xestora, e enumera algunhas das circunstancias que poden ser tomadas en consideración en cada caso concreto.

No primeiro senso, a sentenza é clara ao establecer que a sociedade xestora poderá ser cualificada como promotora de feito ou encuberta cando ten unha intervención decisoria na promoción, exercendo toda a iniciativa, impulso, dirección e financiamento do proceso construtivo.

Como é evidente, só se pode determinar se unha sociedade xestora tivo unha intervención decisoria na promoción atendendo a cada caso concreto e ás súas específicas características. Sen embargo, e como xa avanzabamos, a sentenza que comentamos enuncia tamén de xeito acertado algunhas das circunstancias que se poden tomar en consideración ao determinar, en cada suposto específico, se a sociedade xestora tivo unha intervención decisoria no proceso construtivo. A súa

enumeraci3n —de car3cter aberto— atop3mola ao final do Fundamento de Dereito Segundo, segundo o cal poden tomarse en consideraci3n —entre outras— as seguintes circunstancias: que sexa a xestora a que ostente a titularidade ou unha opci3n de compra sobre o solar no que vai facerse a edificaci3n, que sexa ela quen elixa e contrate 3 construtora ou aos t3cnicos; que o proxecto construtivo estea xa redactado con car3cter previo 3 constituci3n da cooperativa; que sexa a xestora a que busque, programe e decida o financiamento, a que seleccione aos cooperativistas e lles cobre por inscribirse, a que declare a obra nova e confeccione os estatutos; que a sociedade xestora perciba unha remuneraci3n que implique un lucro non proporcionado en relaci3n cos servizos de mera xesti3n que ter3a que prestar; que a xestora ostente o control do plan e prazos de construcci3n, ou que se reserve a facultade de dar de baixa ao socio que non abone as cuotas ou derramas; ou —finalmente— que o v3nculo entre a sociedade xestora e a cooperativa se estableza a trav3s dun contrato de car3cter irrevocable que contemple unha penalizaci3n para o caso de extinci3n anticipada por parte da cooperativa.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 337-343
ISSN: 1130-2682

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 28ª, N.º 102/2017
DE 3 DE MARZO, SOBRE LA EXPULSIÓN DE UN
SOCIO DE UNA COOPERATIVA, POR OPERACIONES DE
COMPETENCIA PARALELA, EN EL SECTOR DEL TAXI

*COMMENTARY TO THE JUDGMENT OF PROVINCIAL AUDIENCE
OF MADRID, SECTION 28ª, N.º 102/2017 OF 3 MARCH, ON
THE EXPULSION OF A PARTNER OF A COOPERATIVE, BY
PARALLEL COMPETITION OPERATIONS, IN THE TAXI SECTOR*

ESTANISLAO DE KOSTKA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ*

* Abogado. Dr. en Ciencias Políticas y Sociología por la UCM. Dirección de correo electrónico: kostka@knm-abogados.es

1 HECHOS Y DESARROLLO DEL PROCESO

Los actores son tres socios de la Cooperativa Taxi R.M. Sociedad Cooperativa Madrileña, por su expulsión, solicitan que se revoque el acuerdo adoptado por el Comité de Recursos de la Cooperativa, mediante el cual se ratificaba la expulsión acordada por el Consejo Rector y solicitan su readmisión. En primera Instancia, se desestima la demanda, al considerar que la sanción impuesta es conforme a lo dispuesto en la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, cuyo artículo 22.1 contempla la posibilidad de expulsión de los socios por falta muy grave tipificada en sus Estatutos, mediante expediente instruido al efecto. Se considera que se tramitó expediente sancionador con todas las garantías legales y estatutarias.

El Consejo Rector de la Cooperativa se entera de la existencia de unas tarjetas comerciales, en las que se ofrecen servicios de taxi bajo la denominación “*first class*”. En las tarjetas aparece un taxi de la marca Mercedes, un teléfono de reservas y una dirección de Internet, cuyo titular es Argimio, socio de la Cooperativa. Al objeto de comprobar si el servicio era prestado por los socios, la Cooperativa, realiza una llamada al teléfono indicado en la tarjeta para solicitar presupuesto para la realización de determinados traslados al aeropuerto. El presupuesto se remite por correo electrónico, que firma otro de los socios expulsados, Carmelo. Al final del correo, aparece la denominación “*first class*”, el teléfono de reservas, la web www.fclass.es, un teléfono de departamento comercial y la dirección de correo electrónico. La Cooperativa al encargar el servicio, les solicita que comuniquen los números de matrícula de los coches que van a realizar los traslados. Las matrículas que remiten por correo, que firma nuevamente Carmelo, son las de Argimio, el mismo Carmelo y cuatro personas más. Finalmente, el día acordado, los socios expulsados se personan en el aeropuerto, con sus coches de la marca Mercedes con el logotipo de la Cooperativa (RM Mercedes) y con el letrero en el que constaba “*first class*”.

Tras lo expuesto, el Consejo Rector de la Cooperativa abre expediente sancionador de los tres demandantes y acuerda su suspensión cautelar. La resolución del expediente es la expulsión de la Cooperativa, ratificada por el Comité de Recursos. Les expulsan por falta muy grave, prevista en sus Estatutos.

2 REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACUERDOS DE EXPULSIÓN DE SOCIOS

La doctrina del **Tribunal Constitucional**, ha manifestado en su Sentencia de 21 de marzo de 2004, que el derecho de asociación reconocido en el artículo 22

de la Constitución, comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo. Así lo manifiesta, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional N° 218/1988, en su fundamento jurídico 2º: *“el control judicial sigue existiendo pero su alcance no consiste en que el Juez pueda entrar a valorar, “con independencia del juicio que hayan realizado los órganos de asociación”... sino comprobar si existió o no una base razonable para tomar la decisión”*. En igual sentido, se pronuncia la doctrina del **Tribunal Supremo**, que manifiesta que el alcance del control judicial es comprobar si existió una base razonable para que éstos adoptasen su decisión, lo que exigirá que previamente se haya seguido un procedimiento que garantice tanto la seguridad jurídica sobre el motivo de la posible sanción como el principio de contradicción, mediante la audiencia y posibilidad del de defensa del socio afectado. Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2005 y 23 de junio de 2006.

3 IMPUGNACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR MOTIVOS FORMALES O DE PROCEDIMIENTO

Los recurrentes consideran que el procedimiento sancionador adolece de vicios que lo tiñen de nulidad, en primer lugar, por que la Cooperativa actuó con mala fe al organizar una ficticia. Sobre ello, la sala considera legítimo que la Cooperativa iniciara averiguaciones para determinar si tales servicios eran ofertados y prestados por alguno de sus socios. Se entiende que la infracción ya estaba cometida antes de preparar la ficticia, así lo acredita la tarjeta comercial en la que se ofrecían los servicios de *“first class”*. Enfatiza en este sentido la sala que es la propia Cooperativa la que tiene que velar por sus intereses y la de sus socios en este ámbito, así como por el cumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias de los mismos.

En segundo lugar, los recurrentes señalan que el Instructor y los órganos de la Cooperativa les atribuyeron la carga de la prueba para justificar su inocencia, pero cuando se propuso la prueba correspondiente, ésta se denegó. La sala en cuanto a la carga de prueba, tiene declarado que no es el socio el que debe presentar pruebas para desvirtuar los hechos que se le imputan, sino que es la Cooperativa la que debe respaldar la imposición de la sanción en unos hechos que estén debidamente probados en el seno del expediente. En este caso, se parte de la existencia de que la infracción está acreditada a partir de la documental obrante en el expediente, por lo que no existe un vacío probatorio que obligue a acudir a las reglas de la distribución de la carga probatoria. Por lo que, lo que la solución impugnada atribuye a los recurrentes es la necesidad de aportar pruebas sobre hechos impeditivos o enervatorios de los fundamentos fácticos en que se sustenta la falta imputada.

En este sentido, subraya la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de 12 de enero de 2012, que el problema de la carga de la prueba solo surge en el supuesto de ausencia de elementos de juicio, por ello, la distribución de la carga solo se infringe cuando por no haberse considerado probados unos hechos que estaban necesitados de demostración, se atribuyen las consecuencias a quién no le incumbía probar y, por tanto, no le incumbía sufrir la deficiencia probatoria.

El Tribunal Constitucional sigue esta misma línea jurisprudencial, manifestando que el derecho a la prueba, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada. Resultando imprescindible para apreciar su vulneración que la falta de la actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión para el recurrente, para cuya acreditación éste deberá razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no pudieron probar y las pruebas inadmitidas, y argumentar de modo convincente que, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, la resolución final pudo haber sido favorable al recurrente. Por todas, Sentencias 308/2005, 23/2006 y 26/2006.

Como cuestión novedosa no invocada en la demanda, indican los recurrentes que el instructor figura como presente en la reunión del Consejo Rector, dado que aparece en el acta en el que se refleja que el acuerdo se adopto por “unanimidad” de sus miembros. Sobre este punto, la sala manifiesta que no es determinante de nulidad la resolución, por la presencia del Instructor en la citada reunión, ya que la misma estuvo formada por cinco personas, por lo que el voto del Instructor no fue decisivo para la decisión tomada.

Se destaca al efecto el criterio jurisprudencial relativo a la aplicación del test o prueba de resistencia recogido en sentencias del Tribunal Supremo como la del 15 de enero de 2014. La prueba de resistencia se traduce en que la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la mayoría) se resta del porcentaje en el capital (o los votos) atribuido irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje del capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida.

Los recurrentes también aducen vulneración de los principios de tipicidad, legalidad y seguridad jurídica, ya que la denuncia inicial del Consejo Rector se basaba en la existencia de la sociedad mercantil First Class S.A., mientras que en la propuesta del Instructor, se abandona la existencia de la mercantil para indicar que el servicio utilizado por los denunciados se denominada “First Class”. Destaca la sala al respecto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, considera necesario, que para que no se produzca la indefensión, que establece el artículo 24.1 de la Constitución Española “*el acusado haya tenido ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena*”. Por todas, SSTC 41/1998, 87/1991 y STS 129/2006. Esta garantía, también

implica, según expresa el Tribunal Supremo en su Sentencia del 3 de noviembre de 2003, la inalterabilidad de los hechos imputados. En este sentido, no puede considerarse que haya variación de los hechos entre el pliego de cargos, la propuesta de resolución y la decisión sancionadora, cuando los términos empleados no sean exactamente iguales sino son similares, si no se produce una diferente valoración técnico jurídica de los mismos. Se pronuncian en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 98/1989 y 145/1993. Por tanto, la jurisprudencia señala que la estricta correlación entre acusación y decisión se refiere a los hechos y no tanto a la calificación jurídica.

Además de lo anterior, cabe indicar que para apreciar la existencia de lesión constitucional, no basta la existencia de un defecto procedimental, sino que es igualmente necesario que éste se haya traducido en indefensión material, esto es, en un perjuicio real y efectivo, nunca potencial y abstracto, de las posibilidades de defensa en un procedimiento con las necesarias garantías. Por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero y 1/2000, de 17 de enero.

También alegan los apelantes infracción del artículo 42.2.2º de los Estatutos, porque el Comité de Recursos adoptó la resolución con cuatro de sus miembros, y no con cinco como se establece en los Estatutos, ello se produjo al no cubrirse la vacante producida por la abstención de unos de los miembros. No obstante, en los Estatutos que regulan el funcionamiento de la Cooperativa solo se establece el número de miembros para la formación del Comité de Recursos, no el quórum necesario para su válida constitución. La Ley de Cooperativas de Madrid, tampoco regula nada al respecto. Subraya la Sala sobre lo anterior, que en el artículo 42.5 de los Estatutos, se establece que las resoluciones en materia disciplinaria se adoptarán por mayoría simple de los miembros asistentes. Por lo que se contempla la posibilidad de que haya miembros no asistentes.

4 CONCLUSIÓN

La sanción impuesta se sustenta en el artículo 12.1.1 de los Estatutos de la Cooperativa, referente a la participación de cualquier modo, en operaciones de competencia con el objeto social de la Cooperativa. Los recurrentes señalan que el objeto social de la Cooperativa no impide que los socios exploten libremente su negocio de taxi, y que no existe obligación de exclusividad, dado que se faculta a los socios para realizar libremente lo que se llama “servicio de calle”.

La respuesta al problema planteado ha de partir del limitado alcance revisor de los órganos judiciales, respecto de las decisiones adoptadas por la Cooperativa. Como se ha indicado, el juez no puede entrar a valorar los hechos con independencia del juicio que ya hayan realizado los órganos de asociación, sino que su labor enjuiciadora ha de ceñirse a la comprobación de si existió o no una base razonable para la adopción de la decisión tomada por los órganos de la Coope-

rativa. En este sentido, la sala manifiesta que es evidente que la Cooperativa no puede restringir ni limitar la denominada actividad “de calle”, lo que sí consideran sancionable es la realización de servicios de manera concurrente y competencial con la Cooperativa. Por lo que, la sala considera que la Cooperativa contó con una base razonable para imponer la sanción correspondiente por la realización de actividades competitivas, por lo que se consideran conformes a derecho las resoluciones recurridas.

NATUREZA XURÍDICA DOS REQUISITOS OBXECTIVOS
E FORMAIS PARA ADQUIRIR A CONDICIÓ DE SOCIO
NUNHA COOPERATIVA SEGUNDO O DL 1/1992 DO 10 DE
FEBREIRO POLO QUE SE APROBA O TEXTO REFUNDIDO
DA LEI DE COOPERATIVAS EN CATALUÑA. COMENTARIO
Á SENTENZA Nº 36 DO TRIBUNAL SUPERIOR DE
XUSTIZA DE CATALUÑA DO 24 DE XULLO DO 2017

*LEGAL NATURE OF THE FORMAL AND OBJECTIVE
REQUIREMENTS TO ACQUIRE THE CONDITION OF
PARTNER IN A COOPERATIVE ACCORDING TO THE
DL 1/1992 OF THE 10TH OF FEBRUARY. COMMENTARY
OF THE JUDGMENT NUMBER 36 OF THE TSJ OF
CATALUÑA, PRONOUNCED THE 24TH OF JULY OF 2017*

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS*

* Avogada do Ilustre Colexio de Avogados de Santiago de Compostela. Dirección de correo electrónico: isabel.cabanelas@gmail.com

O obxecto deste comentario é a sentenza nº36 da Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña ditada o 24 de xullo do 2017 no recurso de casación e extraordinario por infracción procesal nº 231/2016 interposto contra a sentenza de data 17 de outubro do 2016 ditada en grado de apelación pola Sección Segunda da Audiencia Provincial de Lleida no rollo de apelación nº 623/15 a raíz das actuacións no procedemento ordinario nº 5/14 seguidas ante o Xuzgado do Mercantil nº1 de Lleida.

A sentenza desestima o recurso de casación interposto e confirma a sentenza da Audiencia recoñecendo o dereito de ACTEL SCCL a que lle sexan devoltas as achegas ao capital social de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL ao ter causado baixa nesta cooperativa. Asemade recoñece o dereito a que se lle abonen os xuros de demora fixados na lei dende o 30 de setembro do 2000 que é a data da súa baixa como socia.

1 ANTECEDENTES

AGROLÉS SCCL (absorbida posteriormente por ACTEL SCCL) é unha cooperativa produtora de aceite que no ano 1993 entra a formar parte como socia da cooperativa AGROINDUSTRIAL CATALANA, SCCL. A adquisición da condición de socia non segue as regras formais de admisión contidas no artigo 16.1 do DL 1/1992 do 10 de febreiro polo que se aproba o Texto refundido da Lei de Cooperativas en Cataluña, nen as regras relativas á acreditación das achegas ao capital social contidas no artigo 51.1 do citado Decreto que era a norma en vigor no ano 1993, hoxe en día derogada.

Sete anos despois, no ano 2000, AGROLÉS SCCL solicita a súa baixa como socia de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL non obtendo resposta algunha á súa solicitude.

Ante a ausencia de resposta, AGROLÉS SCCL, formula demanda de procedemento ordinario nº 5/14 ante o Xuzgado do Mercantil nº1 de Lleida, solicitando a devolución das achegas ao capital social por ter causado baixa na cooperativa AGROINDUSTRIAL CATALANA. O Xuzgado dita sentenza o 7 de xullo do 2015 na que desestima a demanda presentada.

Contra esta sentenza, AGROLÉS SCCL, interpón recurso de apelación ante a Sección Segunda da Audiencia Provincial de Lleida que resolve por sentenza de 17 de outubro do 2016 na que estima o recurso de apelación, revogando a sentenza do 7 de xullo do 2015 e declarando o dereito de AGROLÉS SCCL ao reembolso da súa achega ao capital social de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL, que se fixa no importe de 204.512,77 euros, máis os xuros calculados ao tipo básico do Banco de España incrementados en 3 puntos dende a data da baixa como socia.

A sentenza da Audiencia é recurrida por AGROINDUSTRIAL CATALANA, SCCL, mediante a interposición de sendos recursos: un recurso de casación por interés casacional e, asemade, un recurso extraordinario por infracción procesal.

O Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña por auto de data 23 de marzo do 2017 inadmite a trámite o recurso extraordinario por infracción procesal e admite a trámite únicamente o motivo terceiro do recurso de casación por non existir doutrina legal en relación co artigo 16.1 do Decreto Lexislativo 1/1992 do 10 de febreiro polo que se aproba o Texto refundido da Lei de Cooperativas en Cataluña, que regula a admisión de novos socios cooperativistas nas sociedades cooperativas e no artigo 51.1 que regula a acreditación das achegas sociais.

Fundamenta a recurrente o seu recurso no suposto carácter imperativo das normas que regulan a adquisición da condición de socio na cooperativa, tanto no seu aspecto obxectivo como na súa dimensión formal o que implicaría que estas normas de dereito necesario non poidan ser descoñecidas polas partes.

En atención ao anteriormente exposto, sostén a recurrente que, como non consta documento algún que acredite que AGROLÉS SCCL solicitou ao Consello Reitor de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL a súa incorporación como socia, nin documento que acredite resposta algunha do Consello a esa hipotética solicitude, nin documento que acredite que a cantidade reclamada é unha achega ao capital social feita por AGROLÉS SCCL para adquirir a condición de socia en AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL, non se pode admitir a demanda pois non se dan os requisitos obxectivos nen formais que existen tanto o DL 1/1992 (artigos 16.1 e 51.1) como os estatutos sociais para considerar a AGROLÉS SCCL socia de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL.

Fronte a esta argumentación sostida polo recurrente no recurso de casación, o 24 de xullo do 2017, o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña falla desestimando o recurso interposto por AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL contra a sentenza de data 17 de outubro do 2016 ditada pola Sección Segunda da Audiencia Provincial de Lleida, confirmándoa íntegramente.

2 COMENTARIO

O tema de fondo que trata o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña neste recurso de casación é determinar se cumprindo os requisitos obxectivos que establecen as leis e os estatutos para ser socio dunha cooperativa e incumprindo os requisitos formais no acto de adhesión, implica a nulidade absoluta do acto e polo tanto impide a adquisición da condición de socio, ou ben se estes defectos formais poden ser subsanables. É dicir, o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña terá que fallar neste recurso de casación se as normas contidas no art 16.1 e 51.1 do DL 1/1992 son normas de natureza imperativa e polo tanto de obrigado cumprimento.

O DL 1/1992 do 10 de febreiro polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Cooperativas de Cataluña, en vigor no caso que nos ocupa, establece no seu artigo 16.1 que para adquirir a condición de socio nunha cooperativa deben cumprirse os requisitos obxectivos que fixen os estatutos.

Asemade, o citado artigo do DL 1/1992 establece que o procedemento para a admisión como socio comezará cunha solicitude dirixida ao Consello Reitor da cooperativa. O Consello deberá resolver dita solicitude nun prazo non superior a dous meses dende a súa recepción. A solicitude de admisión irá acompañada da correspondente achega ao capital social da cooperativa na forma establecida no artigo 51.1. O Consello só poderá rexeitar a admisión como socia polos motivos establecidos na lei ou nos Estatutos sociais.

Por último, no tocante á forma de acreditar as achegas ao capital social o DL no artigo 51.1 sinala que, o capital social dunha cooperativa está constituído polas achegas dos socios e dos adheridos, obrigatorias e voluntarias, que se acreditarán mediante títulos ou libretas de participación nominativa. As libretas reflexarán con claridade tanto as achegas como as actualizacións destas, así como os xuros e os excesos de percepción que se acorde capitalizar. As achegas dos adheridos ao capital social acreditaranse mediante títulos nominativos especiais.

Á vista dos preceptos legais citados e dos feitos probados ao longo do procedemento e a diferenza do sostido pola recorrente o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, respecto aos requisitos obxectivos para ser socio dunha cooperativa di que: *“Debe ya rechazarse que la actora no cumpla con los requisitos objetivos que exige la Cooperativa toda vez que la Sentencia de la Audiencia da por probado que en el año 1993 la demandada había cambiado el art 5 de sus Estatutos precisamente para dar cabida a otras cooperativas productoras de aceite tal y como permite la legislación”*.

Así, o afirmado polo Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña supón recoñecer que AGROLÉS SCCL cumpriu os requisitos obxectivos necesarios para adquirir a condición de socia de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL.

Cumpridos os requisitos obxectivos, quedaría determinar que sucede co cumprimento dos requisitos de carácter formal. Afirmar a recorrente no seu escrito que *“en tanto no se acredita en los autos que la cooperativa demandante solicitase por escrito su entrada en la cooperativa, ni de su inscripción en el libro de socios, la demanda de reembolso de las aportaciones sociales debe ser desestimada”*. Contrariamente ao afirmado pola recorrente, entenden os maxistrados que: *“... siendo cierto que no aparece en los autos el documento de afiliación a la cooperativa ni el nombre de la actora en el libro de socios de la demandada, tales circunstancias, a la vista de los hechos declarados probados en la sentencia, ni pueden avalar la retención de las aportaciones realizadas ni mucho menos cambiar la causa motivadora de la prestación de Agrolés SCCL en el año 1993”*.

A postura do Tribunal, ben amparada pola xurisprudencia do Tribunal Supremo, en concreto pola sentenza do 16 de abril do 1993 e a sentenza da Sala 1ª nº841/2011, do 14 de novembro que establecen que os actos realizados sen seguir os preceptos legais serán anulables e poderán ser convalidados polo transcurso do tempo se ninguén os impugna mentres que a nulidade absoluta dun acto ou contrato só se produce se estes vulneran directamente unha norma imperativa ou prohibitiva. Para determinar se estamos ante unha norma dispositiva ou prohibitiva teremos que atender aos intereses que protexe e ao grao de intensidade, de xeito que non é posible sancionar coa nulidade a infracción do precepto estatutario ao que remite a Lei de cooperativas xa que a finalidade perseguida pola Lei e os Estatutos violados cumpriuse por outra vía. Así, a vontade de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL de admitir como socio a AGROLÉS SCCL queda acreditada no procedemento entre outros feitos pola modificación dos seus estatutos sociais para dar entrada a AGROLÉS SCCL ou pola ampliación de capital social que se corresponde coa achega que en concepto de capital social fai AGROLÉS SCCL.

Do mesmo xeito, e contrariamente ao sostido pola recurrente, o Tribunal di que o incumprimento dos requisitos formais para adquirir a condición de socio non ten carácter esencial xa que, tanto no dereito español coma no catalán, rexe o principio de liberdade de forma salvo que a lei determine expresamente o contrario. Polo tanto o incumprimento dos requisitos formais para adquirir a condición de socio non impide que AGROLÉS SCCL sexa considerada socia de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL a tódolos efectos toda vez que *“ambas partes han reconocido esa condición durante casi 20 años, cumpliéndose la finalidad pretendida por el legislador con la forma (finalidad probatoria y de publicidad), de otro modo”*.

Polo tanto, serían suficientes os dous principios antes expostos: o de anulabilidade fronte á nulidade absoluta dos actos e o de liberdade de forma para afirmar que no caso que nos ocupa o incumprimento dos requisitos formais na adquisición da condición de socio da cooperativa non impide a adhesión á mesma. A maiores, o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña engade dous argumentos máis apoiando o carácter dispositivo e non imperativo dos requisitos de forma. Neste senso, afirma o Tribunal que no dereito civil catalán opera o principio de boa fe e a doutrina dos propios actos que impiden que ninguén poida facer valer un dereito ou unha facultade que contradiga a conduta propia observada con anterioridade se esa tiña unha significación inequívoca da cal derivan consecuencias xurídicas incompatibles coa pretensión actual. O cumprimento dos principios enunciados implica segundo o Tribunal que *“... partiendo de los hechos declarados probados por la sentencia es claro que la conducta posterior a la entrega del dinero de la cooperativa demandada consignando las aportaciones como capital social, aprobando las cuentas en Juntas generales y registrándolas en Registros públicos,*

constituyen actos vinculantes que ahora no puede impugnar ni desconocer sin vulnerar las exigencias del principio de buena fe”.

En atención ao anteriormente exposto, o Tribunal entende que o incumprimento dos requisitos tanto obxectivos como de forma no acto de adhesión de AGROLÉS SCCL a AGROINDUSTRIAL CATALANA, SCCL, non implica que o acto de adhesión sexa nulo de pleno dereito como pretende a recurrente. A sensu contrario, os feitos probados ao longo do procedemento, o principio de anulabilidade fronte a nulidade, o principio de liberdade de forma o principio de boa fe e a doutrina dos propios actos permiten afirmar sen ningún xénero de dúbida que AGROLÉS SCCL era socia de AGROINDUSTRIAL CATALANA SCCL e, como tal socia, fixo a súa achega ao capital social, achega que reclama unha vez que causa baixa na cooperativa.

Para rematar, é preciso sinalar que, tendo en conta o novo marco normativo en Cataluña, Lei 12/2015, de 9 de xullo, de cooperativas debe entenderse que o sentido da nova Lei non variou respecto das regras previstas no DL 1/1992 relativas á adquisición da condición de socio dunha cooperativa que tanto no seu aspecto obxectivo como formal deben entenderse normas de dereito dispositivo e non normas de dereito necesario ou imperativo polo que o seu incumprimento implicaría a anulabilidade do acto de adhesión pero non a nulidade absoluta do mesmo.

III CRÓNICA

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 355-363
ISSN: 1130-2682

**LAS MICROEMPRESAS COOPERATIVAS Y LAS
COOPERATIVAS RURALES DE CASTILLA-LA MANCHA**

*THE COOPERATIVE MICROENTERPRISES AND THE
RURAL COOPERATIVES IN CASTILLA-LA MANCHA*

MARÍA LUISA CABELLO LÓPEZ*

* Abogada del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Lugo. Dirección de correo electrónico: cabellobogados@hotmail.com

RESUMEN

La creciente importancia, tanto en volumen como económicamente, de las microempresas cooperativas y de las cooperativas rurales, y el interés del legislador de Castilla-La Mancha por promocionar un modelo de empresa en el que los objetivos económicos y empresariales se integren con otros de carácter social, consiguiendo de esta forma un crecimiento económico sostenible y socialmente responsable, han llevado a la aprobación de la Ley 4/2017, de 30 de noviembre, que regula de forma específica el régimen jurídico de estas figuras societarias, y se aplica de forma supletoria a la Ley Autonómica de Cooperativas.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas, microempresa cooperativa, cooperativa rural, Registro Autonómico.

ABSTRACT

The growing importance, both in volume and economically, of cooperative micro-enterprises and rural cooperatives, and the interest of the legislator of Castilla-La Mancha to promote a business model in which economic and business objectives are integrated with others of a social nature, thus achieving a sustainable and socially responsible economic growth, have led to the approval of Law 4/2017, of November 30, which specifically regulates the legal regime of these corporate figures, and is applied in a supplementary manner to the Autonomic Law of Cooperatives.

KEY WORDS: Cooperative societies, cooperative microenterprises, rural cooperatives, Regional Registration.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. LA MICROEMPRESA COOPERATIVA
3. LA COOPERATIVA RURAL.

CONTENTS: 1. GENERAL APPROACH. 2. THE COOPERATIVE MICROENTERPRISE. 3.
THE RURAL COOPERATIVE.

1 PLANTEAMIENTO GENERAL

Considerando a las sociedades cooperativas como uno de los pilares del desarrollo económico y social de Castilla-La Mancha, la Administración Autonómica ha entendido, y reflejado en su Legislación, que la promoción de estas entidades debe conformar un elemento clave para favorecer y potenciar un desarrollo económico sostenible y socialmente responsable. No en vano se trata de un modelo de empresa en el que los objetivos económicos y empresariales se integran con otros de carácter social, consiguiendo de esta forma un crecimiento económico basado en el empleo, la equidad social y la igualdad.

Es en este contexto donde debe enmarcarse la aprobación de la Ley 4/2017, de 30 de noviembre, “*de Microempresas Cooperativas y Cooperativas Rurales de Castilla-La Mancha y por la que se modifica la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha*”¹; norma que trata de dar respuesta a determinados proyectos cooperativos que hasta ahora han visto limitadas sus posibilidades de desarrollo, en parte debido a la necesaria amplitud de la regulación legal de la figura cooperativa. Se trata, en concreto, de establecer un estatuto jurídico de determinadas iniciativas empresariales dentro de la figura de la sociedad cooperativa, caracterizadas por su reducido tamaño, especialmente en cuanto al número de personas que pretendan constituir las, conformándose un modelo de empresa ágil y eficaz, tanto en lo que se refiere a su regulación jurídica como a simplificación administrativa.

Ante esta constatada realidad, la Ley 11/2010, previó, como novedad, la posibilidad de creación de la llamada sociedad microempresa cooperativa, especialidad de las cooperativas de trabajo asociado y de explotación comunitaria de la tierra, con la finalidad, no de regular una nueva clase de cooperativa, sino de adaptar la legislación cooperativa a estas entidades cooperativas menores, simplificando su regulación y adecuándola, en la medida de lo posible, a las necesidades de su

¹ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 237, del 11 de diciembre de 2017; Boletín Oficial del Estado núm. 23, del 26 de enero de 2018.

reducido tamaño, para que ningún proyecto empresarial, por reducido que fuese, quedase sin cobertura jurídica de naturaleza cooperativa.

En la misma línea, igualmente se ha pretendido dar respuesta a la diversificación de las economías rurales, que han dejado de ser sinónimo de agricultura y han experimentado un importante desarrollo empresarial, que excede de las posibilidades de las cooperativas agrarias tradicionales. Efectivamente, también en la Ley 11/2010 se previó como novedad la posibilidad de creación de la llamada cooperativa rural, que permitiría a las cooperativas agrarias diferenciar y dimensionar sus actividades y ampliar su objeto social a otras nuevas potencialmente demandadas, a través del sistema legal de secciones con regulación societaria y económica diferenciada.

Siendo así, lo cierto es que desde la entrada en vigor de la Ley 11/2010 han cobrado mayor importancia, tanto en volumen como económicamente, las citadas especialidades que fueron incipientemente reguladas, y si bien ya se preveía en la citada Ley su posterior desarrollo reglamentario, debido a la mayor significación de ambas figuras, unido al impulso que se quiere otorgar a las mismas, se ha considerado más adecuado a dichos fines que una Ley regule de forma específica su régimen jurídico.

Asimismo, con esta nueva Ley, la que ahora nos ocupa, se llevan a cabo algunas modificaciones puntuales de la Ley 11/2010 consistentes, en esencia, en la supresión de trámites administrativos para la constitución y modificación de los estatutos sociales de la cooperativa; en la simplificación del procedimiento de renovación de los miembros del órgano de administración; se mejora la regulación de la descalificación, de las operaciones con terceros y del Fondo de Reserva Obligatorio y el Fondo de Reserva Voluntario; se introduce la disolución, liquidación y extinción simultánea de la cooperativa; se introducen nuevos supuestos que permiten cumplir con el requisito del depósito de las cuentas anuales; se eliminan las referencias de dicha Ley a las microempresas cooperativas y a las cooperativas rurales; se regula de forma transitoria la suspensión del derecho de voto para los miembros socios no productores en las cooperativas que cuenten con el reconocimiento de organización de productores; se elimina el requisito de la publicidad en prensa de las modificaciones estatutarias; y se introducen criterios de desempate para las cooperativas de iniciativa social sin ánimo de lucro (disposición final primera).

Pues bien, la Ley 4/2017 se estructura en una exposición de motivos y tres títulos. Los títulos II y III se dividen, cada uno de ellos a su vez, en cuatro capítulos. Consta de 29 artículos, tres disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y tres disposiciones finales.

2 LA MICROEMPRESA COOPERATIVA

Tras el título I, en el que se establecen las disposiciones generales de la Ley, el título II se dedica a la microempresa cooperativa, regulándose en el mismo, a lo largo de cuatro capítulos, una serie de disposiciones generales (arts. 3 a 5), los socios de la entidad (arts. 6 a 9), sus órganos sociales (arts. 10 a 12), y su régimen económico (arts. 13 a 18).

La microempresa cooperativa se define como “*una sociedad cooperativa de primer grado perteneciente, con carácter exclusivo, a las clases de cooperativas de trabajo asociado y de explotación comunitaria de la tierra*”, configurándose como una modalidad de dichas clases en razón de su número de socios (art. 3). Deberá incluir necesariamente en su denominación los términos “*sociedad microempresa cooperativa de Castilla-La Mancha*” o su abreviatura “*S. Microcoop. de C-LM*” (art. 4).

Podrán constituirse como microempresas cooperativas tanto las sociedades cooperativas de nueva constitución como aquellas ya constituidas a la entrada en vigor de la Ley, que previa adaptación de sus estatutos, cumplan los requisitos establecidos en la misma. La microempresa cooperativa se constituirá mediante escritura pública y adquirirá personalidad jurídica previa inscripción en la unidad competente del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha. Este Registro tramitará, de forma abreviada, la inscripción de la constitución de microempresas cooperativas, en el plazo del día hábil siguiente a aquel en que todos los documentos necesarios para su constitución obren en la sede de la unidad registral competente (art. 5).

En el capítulo II, “*De las socias y socios*”, se indica que las microempresas cooperativas estarán constituidas por un mínimo de dos y un máximo de diez socios ordinarios, pudiendo contar con personas socias colaboradoras, en los términos previstos en la legislación cooperativa de Castilla-La Mancha (art. 6). Asimismo, la microempresa cooperativa de trabajo asociado, durante un plazo máximo de siete años desde la fecha de su constitución, podrá contratar a personas trabajadoras por cuenta ajena en cualesquiera de sus modalidades legalmente establecidas; durante ese mismo plazo, el número de personas trabajadoras por cuenta ajena con contrato indefinido no podrá exceder de cinco, salvo que por necesidades objetivas de la microempresa se vea obligada a superar esa cifra (art. 8).

La microempresa cooperativa de trabajo asociado que hubiera optado en sus estatutos sociales por el régimen especial de trabajadores autónomos para sus socios trabajadores, podrá establecer estatutariamente la obligación del pago por la propia cooperativa de las cuotas de la Seguridad Social de los socios durante su periodo activo en la misma, sin perjuicio del sometimiento a la normativa reguladora del régimen correspondiente de la Seguridad Social (art. 7).

Finalmente, en el artículo 9 se prevé la posibilidad del ejercicio de un derecho de adquisición preferente para los trabajadores no socios y, en su defecto, para los socios trabajadores, a fin de adquirir la participación social que quiera transmitir un socio. En todo caso, transcurridos tres meses a contar desde la comunicación del propósito de transmisión sin que se hubieran ejercitado los derechos de adquisición preferente, quedará libre la persona socia para transmitir las participaciones de su titularidad.

Los órganos sociales, regulados en el capítulo III, con los que debe contar necesariamente la microempresa cooperativa son la asamblea general, donde se integran la totalidad de las personas socias, y el órgano de administración. Se tenderá en ambos a la participación equilibrada de mujeres y hombres (art. 10).

La asamblea general, como órgano soberano de la microempresa cooperativa, será competente para adoptar acuerdos en materia de gestión ordinaria, y para deliberar y decidir mediante votación todos los asuntos propios de la sociedad. Estatutariamente se podrá prever que se convoque por medios electrónicos o mediante anuncio publicado en la página web corporativa de la cooperativa, en el caso de disponer de ella. No será necesaria la convocatoria si, estando presentes todas las personas socias de la microempresa cooperativa, aceptan por unanimidad la celebración de la asamblea y los asuntos a tratar en ella.

En la asamblea general, cada persona socia tendrá un solo voto, con independencia del capital social que hubiere suscrito y desembolsado. El voto de las personas socias colaboradoras, si las hubiere, será un voto ponderado proporcional a la cuantía de sus participaciones sociales, sin que la suma total de los derechos de voto de éstos en la asamblea general pueda exceder, en ningún caso, del treinta por ciento de los votos presentes y representados en cada votación asamblearia (art. 11).

La administración de la microempresa cooperativa podrá confiarse, alternativamente, a un administrador único, a dos o más administradores solidarios o mancomunados, o a un órgano colegiado denominado consejo rector, siendo este órgano de administración quien ostenta la representación de la cooperativa y el encargado de la gestión ordinaria, dirección y administración de la misma. Los estatutos sociales determinarán el modo concreto de organizar la administración y ejercer la representación de la sociedad, o bien contemplarán las distintas posibilidades de administración y representación, en cuyo caso corresponderá a la asamblea general, la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria, pero elevando el acuerdo a escritura pública e inscribiéndolo en el Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha.

El órgano de administración, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, estará siempre formado por personas socias trabajadoras de la microempresa cooperativa. El plazo de duración del cargo de órgano de administración, cual-

quiera que sea la forma elegida para su organización, será de seis años, pudiendo ser reelegidos. Ello no obstante, los estatutos sociales podrán establecer que el mandato del órgano de administración, con independencia de su composición, sea con carácter indefinido. Todo ello sin perjuicio del derecho de destitución que acuerde ejercer la asamblea general (art. 12).

Por último, en el capítulo IV del título II, “*Del régimen económico*”, se dispone que “*el capital social mínimo con el que puede constituirse una microempresa cooperativa no será inferior a 3.000 euros y deberá estar íntegramente suscrito y desembolsado, al menos, en un cincuenta por ciento. El resto del capital social deberá estar desembolsado en un plazo máximo de dos años*”.

Asimismo, el importe total de las participaciones sociales cooperativas cuya titularidad ostenta cada socio ordinario, bien sean obligatorias o voluntarias, en ningún caso podrá exceder del cincuenta por ciento del capital social, salvo que se trate de socios colaboradores. En este caso, aun cuando no sea de aplicación la limitación máxima indicada, podrá fijarse en los estatutos sociales el montante máximo de suscripción individual de capital social que se estime conveniente (art. 13). La asamblea general determinará anualmente el valor nominal de las participaciones obligatorias de los nuevos socios, así como las condiciones y plazos para su desembolso (art. 14).

Tras unas previsiones referidas a los resultados del ejercicio (art. 15), al destino de los fondos y reservas (art. 16), y al depósito y auditoría de las cuentas anuales (art. 17), finaliza el capítulo IV poniendo de manifiesto que, por regla general, la microempresa cooperativa quedará disuelta y entrará en liquidación por las mismas causas previstas para toda cooperativa en el artículo 110 de la Ley 11/2010, con dos obvias excepciones: a) la causa relativa a la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal ha de tener en cuenta las particularidades al respecto de la microempresa cooperativa; y b) la concerniente a la paralización o inactividad de alguno de sus órganos sociales necesarios o la no realización de la actividad cooperativizada, bastará que se desarrolle durante un año de forma continuada, frente a los dos que se exigen con carácter general (art. 18).

3 LA COOPERATIVA RURAL

El título III se dedica a la cooperativa rural, regulándose en el mismo, a lo largo de cuatro capítulos, una serie de disposiciones generales (arts. 19 a 21), las personas y entidades socias (art. 22), sus órganos sociales (art. 23), y sus secciones (arts. 24 a 29).

Se define la cooperativa rural como “*una clase de cooperativa que teniendo domicilio social en municipios de Castilla-La Mancha con una población igual o inferior a 15.000 habitantes, asocia a personas físicas o jurídicas y tiene por objeto la realización de actividades y prestación de servicios que mejoren econó-*

mica, social y técnicamente a la propia cooperativa, a las personas y entidades socias de la misma o a las terceras personas de su entorno social y ayuden a la dinamización, el desarrollo, la transformación y la generación de valor en el medio rural, aumentando la calidad de vida y la igualdad de oportunidades de las personas vinculadas a la cooperativa, fomentado el desarrollo sostenible del medio rural”.

Para el cumplimiento de su objeto social desarrollarán, al menos, dos de las actividades económicas o sociales que sean propias de cualquier otra clase de cooperativas de las reguladas en la Ley 11/2010, siempre que las mismas se refieran a actividades agroalimentarias, explotación comunitaria de la tierra, servicios educativos, culturales, asistenciales, de iniciativa o de integración social, actividades de consumo, turismo rural, ocio y tiempo libre, acciones medioambientales, energéticas, nuevas tecnologías, protección de la dependencia y/o cualesquiera otras actividades de igual o similar naturaleza, que redunden en beneficio del medio rural (art. 19).

Las cooperativas rurales incluirán necesariamente en su denominación social la mención “*Sociedad Cooperativa Rural de Castilla-La Mancha*” o “*S. Coop. Rural de C-LM*” (art. 20), y podrán realizar libremente las actividades y servicios cooperativizados previstos en sus estatutos con terceras personas no socias sin limitación porcentual alguna (art. 21).

Según el artículo 22, pueden ser personas y entidades socias de las cooperativas rurales cualquier persona física o jurídica, pública o privada, incluyendo otras cooperativas, que precisen de los bienes y servicios que se presten o gestionen por la cooperativa. Las personas y entidades socias lo podrán ser de cualquiera de las clases reguladas en la Ley 11/2010, salvo aquellas que por su naturaleza sean incompatibles con la actividad cooperativizada y el objeto social de esta clase de cooperativas.

Los órganos sociales de la cooperativa rural son los previstos y regulados en la Ley 11/2010, tendiendo siempre a una participación equilibrada de hombres y mujeres. Para la adopción de acuerdos en la asamblea general, la regla general será la de que cada socio dispondrá de un voto, si bien los estatutos podrán prever un sistema de voto plural ponderado proporcional a la participación del socio en la actividad cooperativizada total de la cooperativa, con un límite máximo de cinco votos totales y sin que se pueda atribuir a un solo socio más de una cuarta parte del total de votos de la cooperativa. Si se optara como órgano de administración por un consejo rector, en éste deberán estar representadas todas las secciones de actividad de que disponga la cooperativa, en el porcentaje que estatutariamente se establezca y, como mínimo, con un consejero (art. 23).

Por último, en el capítulo IV del título III, “*De las secciones*”, se dispone que las cooperativas rurales organizarán sus actividades en torno a las diferentes

secciones de que disponga la entidad para gestionar las diferentes actividades económicas o sociales específicas, siendo de aplicación al funcionamiento de las mismas, salvo lo dispuesto en la Ley, el régimen legal previsto en la Ley 11/2010 y en sus estatutos. En esta línea, éstos, los estatutos sociales, deberán regular la existencia y los criterios para la constitución de secciones dentro de la cooperativa, determinando, como mínimo, los siguientes aspectos: a) Las actividades que estarán afectadas a cada sección; y b) los criterios para la medición de la actividad cooperativizada que se utilizarán, en su caso, para la distribución diferenciada de excedentes positivos y negativos de cada sección (art. 24).

Del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad de cada sección, responden en primer lugar las participaciones hechas o comprometidas y las garantías presentadas por los socios integrados en la sección o secciones, así como el patrimonio afecto a las mismas, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad universal de la cooperativa frente a terceros (art. 25).

Tras aludir a la asamblea de las personas y entidades socias de sección (art. 26), así como al órgano de administración de las secciones (art. 27), se afirma la independencia de la contabilidad que han de llevar las secciones, sin perjuicio de la general de la cooperativa. En este sentido, las cooperativas rurales estarán obligadas a someter sus cuentas anuales a auditoría externa y a depositarlas en la unidad correspondiente del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha. Además de los libros de contabilidad que resulten obligatorios, cada una de las secciones deberá llevar un libro registro de personas y entidades socias de la sección adscritos a la misma, un libro registro de las participaciones voluntarias a la sección y el libro de actas de las asambleas de personas y entidades socias de la sección (art. 28).

Finalmente, señala el artículo 29 que *“la asamblea general deberá repartir los excedentes o imputar las pérdidas que resulten de la contabilidad general de la cooperativa de manera diferenciada, teniendo en cuenta el resultado económico de cada una de las secciones, de forma que los posibles retornos, imputación de pérdidas o liquidaciones de deuda que puedan corresponder a cada persona y entidad socia se efectúen teniendo en cuenta su participación en cada una de las secciones y cada una de las actividades que hubieren podido generarlos”*.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 365-371
ISSN: 1130-2682

LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COOPERATIVAS DE
CRÉDITO A TRAVÉS DEL REAL DECRETO-LEY 11/2007,
DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA FINANCIERA

*THE MODIFICATION OF THE LAW OF CREDIT
COOPERATIVES THROUGH THE ROYAL DECREE-LAW
11/2007, OF URGENT MEASURES IN FINANCIAL MATTERS*

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA*

* Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña. Dirección de correo electrónico: manuel.jose.vazquez.pena@udc.es

RESUMEN

El Real Decreto-ley 11/2017, de 23 de junio, regula una serie de medidas de carácter urgente en relación con el sector financiero, con la finalidad de permitir que las Cooperativas de Crédito adopten políticas y estrategias para mejorar su resistencia a los riesgos que pueden surgir en el ejercicio de su actividad, así como facilitar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la nueva regulación financiera y adecuarla a los estándares internacionales y europeos.

PALABRAS CLAVE: Sociedades Cooperativas, Cooperativas de Crédito, Sector Financiero, Riesgos Financieros.

ABSTRACT

Royal Decree-law 11/2017, of 23 June, regulates a series of urgent measures in relation to the financial sector, with the purpose of allowing credit cooperatives to adopt policies and strategies to improve their resistance to risks that may arise in the exercise of its activity, as well as facilitating compliance with the requirements established by the new financial regulation and adapting it to international and European standards.

KEY WORDS: Cooperative societies, credit cooperatives, Financial Sector, financial risks.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COOPERATIVAS DE CRÉDITO. 3. OTRAS CUESTIONES DEL REAL DECRETO-LEY 11/2017 QUE AFECTAN A LAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE MODIFICATION OF THE LAW OF CREDIT COOPERATIVES. 3. OTHER QUESTIONS OF THE ROYAL DECREE-LAW 11/2017 THAT AFFECT THE CREDIT COOPERATIVES.

1 INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 11/2017 regula una serie de medidas de carácter urgente en relación con el sector financiero, con la finalidad de permitir que determinadas entidades de crédito adopten políticas y estrategias para mejorar su resistencia a los riesgos que pueden surgir en el ejercicio de su actividad, así como facilitar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la nueva regulación financiera y adecuarla a los estándares internacionales y europeos¹.

Se procede, por un lado, a incorporar expresamente al régimen jurídico de las Cooperativas de Crédito la posibilidad de integrarse en sistemas institucionales de protección previstos en la normativa europea, adoptando una serie de medidas destinadas a facilitar su constitución y potenciar su eficaz funcionamiento, y, por otro lado, a introducir, siguiendo los estándares internacionales, una especialidad en el régimen concursal de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, como es la distinción, dentro de la categoría de los créditos ordinarios, entre créditos preferentes y créditos no preferentes.

A tal fin, y a lo largo de cuatro artículos, esta norma modifica la Ley 13/1989, de 26 de mayo, “*de Cooperativas de Crédito*”, el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, “*por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito*”, la Ley 11/2015, de 18 de junio, “*de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*”, y el “*Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores*”, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

La parte final del Real Decreto-ley 11/2017 está integrada por una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales que regulan, respectivamente, la habilitación para el desarrollo reglamentario de la norma, los títulos competenciales en virtud de los cuales se adopta la misma, y su entrada en vigor, que tendrá lugar el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

¹ Boletín Oficial del Estado núm. 150, del 24 de junio de 2017.

Por razones obvias, relacionadas con el lugar de publicación de estas líneas, centraremos preferentemente nuestra exposición en la modificación de la Ley de Cooperativas de Crédito.

2 LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COOPERATIVAS DE CRÉDITO

Es de todos sabido que el sector de las Cooperativas de Crédito ha conseguido afrontar la crisis financiera sufrida en los últimos años debido, principalmente, a su modelo de negocio sencillo y a su enfoque a medio y largo plazo. Sin embargo, como reconoce el Banco de España en su “*Informe de Estabilidad Financiera*”² de mayo de 2017³, persisten riesgos que afectan al sector financiero, derivados del entorno de bajos tipos de interés, del decreciente pero aún elevado número de activos improductivos (fundamentalmente dudosos y adjudicados), y del incremento de los costes legales.

Las Cooperativas de crédito, a la hora de enfrentarse a estos y a otros retos, pueden tener mayores dificultades que otro tipo de entidades para captar recursos en los mercados, dado su pequeño tamaño y las características del modelo cooperativo que introduce restricciones a determinadas operaciones, como la venta de la propia entidad.

De hecho, experiencias recientes ponen de manifiesto la necesidad de potenciar los instrumentos que permitan la adopción de soluciones que no exijan la intervención de los poderes públicos, a la par que eviten que las entidades lleguen a una situación irreversible que obligue a su resolución o liquidación concursal, con las consecuencias que ello puede suponer en términos de menor competencia, inclusión financiera e impacto en la actividad económica en el medio local. No cabe duda de que ello se deriva de la importancia de las cooperativas de crédito en entornos rurales, sus destacadas cuotas de mercado a nivel provincial y su marcado arraigo local, que determinan su relevancia para la financiación de agentes económicos de menor tamaño del sector agrario, industrial y profesional, tales como pymes, autónomos o emprendedores, que, en ocasiones, presentan mayores dificultades a la hora de captar financiación.

Siendo así, entiende el Legislador absolutamente necesario y urgente dotar a las Cooperativas de Crédito, con la mayoría de celeridad posible, de instrumentos

² El *Informe de Estabilidad Financiera* es una publicación semestral, que analiza los riesgos del sistema financiero español, la rentabilidad y la solvencia de las entidades de crédito españolas, tanto de forma retrospectiva como prospectiva. Asimismo, el informe presenta la política y las medidas macroprudenciales del Banco de España. Puede consultarse en la web del Banco de España: www.bde.es

³ Puede consultarse directamente, a través de la web del Banco de España, en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinanciera/17/ficheros/IEFMayo2017.pdf>

que, teniendo en cuenta traumáticas experiencias recientes, les permitan abordar las situaciones de dificultad a las que tengan que enfrentarse con agilidad y a través de medidas eficaces.

A estos efectos, el Real Decreto-ley 11/2007 modifica, a través de su artículo 1, la Ley 13/1989, de 26 de mayo, “*de Cooperativas de Crédito*”. En concreto, introduce en esta norma un nuevo artículo, el 10 bis, conforme al cual se permite que este tipo de entidades de crédito, las cooperativas de crédito, puedan integrarse en dos tipos distintos de sistemas institucionales de protección: a) Por un lado, en los sistemas institucionales de protección reforzados o de mutualización plena, regulados en la disposición adicional quinta de la Ley 10/2014, de 26 de junio, “*de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*”; y b) por otro lado, en los denominados sistemas institucionales de protección normativos, regulados en el artículo 113.7 del Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, “*sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012*”.

Adicionalmente, y con el objetivo de adaptar el régimen de las Cooperativas de Crédito al funcionamiento de estos sistemas institucionales de protección, el Real Decreto-ley modifica también una serie de artículos de la citada Ley de Cooperativas de Crédito.

En primer lugar, se permite que las operaciones desarrolladas por una cooperativa con las demás entidades integrantes del sistema institucional de protección del que forma parte no computen a efectos del límite del cincuenta por ciento de los recursos totales previstos por el artículo 4.2 de la Ley de Cooperativas de Crédito para las operaciones activas con terceros. En concreto, este precepto queda redactado del siguiente modo:

“2. En cualquier caso, el conjunto de las operaciones activas con terceros de una Cooperativa de Crédito no podrá alcanzar el 50 por 100 de los recursos totales de la Entidad.

No se computarán en el referido porcentaje las operaciones realizadas por las Cooperativas de Crédito con los socios de las Cooperativas asociadas, las de colocación de los excesos de tesorería en el mercado interbancario ni la adquisición de valores y activos financieros de renta fija que pudieran adquirirse para la cobertura de los coeficientes legales o para la colocación de los excesos de tesorería. En el caso de las Cooperativas de Crédito integrantes de un sistema institucional de protección de los previstos en el artículo décimo bis de esta Ley, tampoco se computarán en ese porcentaje las operaciones realizadas con la entidad central, las demás Cooperativas de Crédito y otros integrantes del sistema institucional de protección”.

En segundo lugar, se añade un apartado 5 al artículo 7 de la Ley 13/1989, en el que se especifica que los límites a la participación en el capital de las Cooperativas de Crédito no se tendrán en cuenta cuando quien participe, por cualquier medio, sea el fondo de garantía privado constituido en el marco del sistema institucional de protección de los previstos en el artículo 113.7 del ya citado Reglamento (UE) núm. 575/2013 del que la cooperativa forme parte. Siendo así, es preciso tener presente que en estos casos se introduce la obligación del fondo de garantía privado de presentar al Banco de España, para su aprobación, *“un plan de actuación a efectos de garantizar la viabilidad que contenga medidas concretas dirigidas a permitir la desinversión del fondo en la Cooperativa de Crédito, en condiciones adecuadas para todas las entidades integrantes del sistema institucional de protección”*. Tampoco se aplicarán dichos límites en caso de que se adopten algunas de las medidas adoptadas en el marco de la Ley 11/2015, de 18 de junio, *“de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión”*.

Como se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, frente a las restricciones existentes en la normativa vigente, estas dos previsiones permitirán a partir de ahora que las entidades integrantes de un sistema institucional de protección puedan, ante situaciones de riesgo, hacer un uso eficaz de dicho fondo de garantía privado para *“adoptar con rapidez y con una mayor efectividad medidas que permitan asistir a una de sus entidades participantes en dificultades con carácter previo a cualquier actuación de resolución o liquidación y con aun mayor eficacia de lo que hasta ahora permiten las soluciones privadas”*.

3 OTRAS CUESTIONES DEL REAL DECRETO-LEY 11/2017 QUE AFECTAN A LAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO

A mayores de todo lo anterior, y para favorecer la constitución de los sistemas institucionales de protección en el ámbito de las Cooperativas de Crédito y garantizar un tratamiento adecuado de los mismos, el Legislador ha considerado necesario realizar adaptaciones adicionales en materia de requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles y de determinación de las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos, en línea con las opciones previstas tanto en la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, *“por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) núm. 1093/2010 y (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo”*, como en la Directiva 2014/49/UE del Parla-

mento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, “*relativa a los sistemas de garantía de depósitos*”.

En este entendimiento, con el Real decreto-ley 11/2017, se modifica la ya citada Ley 11/2015, de 18 de junio, “*de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*”⁴, con la finalidad de que la pertenencia de una entidad a un sistema institucional de protección pueda ser tenida en cuenta a los efectos de determinar su perfil de riesgo para establecer el requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles, tanto si el sistema institucional de protección es de los previstos en la disposición adicional quinta de la Ley 10/2014, de 26 de junio, “*de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*”, como de los del artículo 113.7 del Reglamento (UE) núm. 575/2013.

Se modifica asimismo el también apuntado Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, “*por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito*”⁵, con el fin de adaptar las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos a la constitución de un sistema institucional de protección, sea éste de los de la disposición adicional quinta de la Ley 10/2014 o de los del artículo 113.7 del Reglamento (UE) núm. 575/2013. Si se trata de sistemas institucionales de protección se tendrá en cuenta su influencia en el perfil de riesgo de las entidades. Si se trata de sistemas institucionales de protección de la disposición adicional quinta de la Ley 10/2014, se reconoce que las entidades centrales y las entidades de crédito integrantes de dichos sistemas estarán sujetas globalmente a la ponderación por riesgo determinada a efectos del cálculo de las contribuciones al Fondo de Garantía de Depósitos, para la entidad central y las integrantes de forma consolidada.

⁴ En concreto se modifica la letra d) de su artículo 44.2, la letra e) del artículo 48.1, y se da una nueva redacción a la disposición adicional decimocuarta.

⁵ En concreto se añade una nueva letra e) en su artículo 6.3.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 373-383
ISSN: 1130-2682

LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE
ECONOMÍA SOCIAL 2017-2020

THE SPANISH SOCIAL ECONOMY STRATEGY 2017-2020

MARÍA JESÚS RODRÍGUEZ MIGUEZ*

* Abogada del ICA de Pontevedra. Dirección de correo electrónico: mjrmiguez@mundo-r.com

RESUMEN

La aprobación por el Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017 y su posterior publicación en el BOE de la denominada “Estrategia Española de Economía Social 2017-2020” es un paso decisivo para el fortalecimiento de la denominada Economía Social en España. Este documento, de carácter programático, esto es, pendiente de un desarrollo posterior aun no llevado a cabo, a través de la aprobación de un concreto Plan de Acción específico, da continuidad a la Estrategia desarrollada para el período 2014/2017 y se articula en torno a 11 ejes con sus correspondientes medidas de actuación, abriendo nuevas expectativas a un sector que se ha revelado de singular importancia para la economía española.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, economía social, Estrategia Española de Economía Social 2017-2020.

ABSTRACT

The approval by the Council of Ministers of December 29, 2017 and its subsequent publication in the BOE of the so-called “Spanish Social Economy Strategy 2017-2020” is a decisive step for the strengthening of the so-called Social Economy in Spain. This document, of a programmatic nature, that is, pending a subsequent development not yet carried out, through the approval of a specific Action Plan, gives continuity to the Strategy developed for the 2014/2017 period and is articulated in around 11 axes with their corresponding measures of action, opens new expectations to a sector that has revealed itself of singular importance for the Spanish economy.

KEY WORDS: Cooperatives, Social Economy, Spanish Social Economy Strategy 2017-2020.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CONTENIDO. 2.1. Presentación. 2.2. Estructura del nuevo documento. 2.3. Ejes de actuación. 3. IMPLANTACIÓN DE LA ESTRATEGIA. 4. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN. 5. ANEXOS. 6. VALORACIÓN.

CONTENTS: 1. APPROACH. 2. CONTENT. 3. IMPLEMENTATION OF THE STRATEGY. 4. MONITORING AND EVALUATION. 5. ANNEXES. 6. VALUATION.

1 PLANTEAMIENTO

El BOE número 69, del martes 20 de marzo de 2018 publicaba la Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020.

Este documento, de carácter programático, fue aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 29 de diciembre de 2017. Se trata de un documento originado en el seno de la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, adscrita al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a través de la Secretaría de Estado de Empleo, en cuya redacción han participado otros departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, así como entidades representativas del sector, agentes sociales y expertos en la materia.

2 CONTENIDO

Este documento se estructura en 6 partes bajo las siguientes rúbricas 1. Presentación; 2. Estructura de la Estrategia Española de la Economía Social 2017-2020; 3. Ejes de actuación; 4. Implantación de la Estrategia; 5. Seguimiento y evaluación y 6. Anexos.

De manera sumaria para exponer los aspectos principales de un documento llamado a desempeñar un papel esencial en el progreso de la llamada “Economía Social” en nuestro país.

2.1. Presentación

Bajo esta rúbrica inicial, el documento expone de forma detallada los Antecedentes y Contexto del mismo, subrayando que con su elaboración se da cumplimiento al mandato recogido en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, que imponía al gobierno la aprobación de un “Programa de impulso de las entidades de economía social, con especial atención a las de singular arraigo en su

entorno y a las que generen empleo en los sectores más desfavorecidos”. Bajo esta premisa, la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas del, por aquel entonces, Ministerio de Empleo y Seguridad Social (en la actualidad, Trabajo, Migraciones y Seguridad Social) redactó el que fue el primer Programa de Fomento e Impulso de la Economía Social, que extendía su aplicación al período 2015-2016.

Aquel primer programa contaba con treinta y dos medidas, ordenadas en torno a siete ejes, en los que se contemplaban actuaciones de impulso a la creación y fortalecimiento de las empresas y entidades de la economía social, revisión del marco jurídico, apoyo a la internacionalización e innovación de las entidades de la economía social, o el desarrollo de la economía social en el marco de la agenda europea, entre otras.

Por su parte, el diseñado para el período 2017-2020, -objeto del presente comentario- tiene como objetivo principal revisar el contenido e impacto del anterior, con el fin de establecer una serie de nuevas actuaciones, teniendo en cuenta las aportaciones realizadas por las organizaciones intersectoriales representativas de las entidades de la economía social y muy principalmente, como se subraya en el documento, las recomendaciones de la Unión Europea a favor de la economía social que se incorporaron a las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea “La promoción de la economía social como motor clave del desarrollo económico y social en Europa”, de diciembre de 2015¹ y las declaraciones de las Conferencias europeas de Economía Social.

2.2. Estructura del nuevo documento

El documento incorpora un epígrafe específico para exponer y anticipar el contenido de la nueva estrategia diseñada para el período 2017/2020. Lo primero que debemos subrayar es que la Estrategia Española de la Economía Social 2017-2020 amplía sus ejes de actuación, pasando de los 7 ejes y 32 medidas del anterior a 11 ejes y 63 medidas destinadas a abordar los diferentes aspectos clave del desarrollo del sector. Adicionalmente incorpora, tras la exposición detallada de los ejes fijados y las medidas de actuación previstas, unos epígrafes específicos para determinar la Implantación de la Estrategia y su seguimiento y evaluación (epígrafes 3 a 5), incorporando un 6º epígrafe para aportar los anexos correspondientes.

2.3. Ejes de actuación

El Programa define los siguientes ejes de actuación:

¹ Vid. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15071-2015-INIT/es/pdf>

Eje 1. Apoyo al empleo y al emprendimiento en el ámbito de la economía social

Este primer eje contiene acciones dirigidas a la creación de empleo y de apoyo a la formación en el ámbito de la economía social. Se parte para ello del reconocimiento de que las entidades de la economía social se caracterizan por la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad, lo que favorece el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad. Ello las convierte en “herramienta óptima para abordar la situación de desempleo en nuestro país,” Este eje se desarrolla en una serie de medidas (divididas en diversas submedidas) tales como: 1) Análisis de la presencia y la proyección de las entidades de la economía social de manera que se reconozca su contribución a la generación de empleo y tejido empresarial. 2) Incentivos al empleo en las entidades de la economía social con la finalidad de estimular la creación de nuevas empresas y entidades de la economía social y de nuevos empleos asociados a las mismas y a las empresas ya existentes y consolidadas. 3) Formación de los trabajadores y socios de la economía social y apoyo a las entidades representativas de la economía social en su participación en la Formación Profesional. 4) Promover la inclusión de la economía social en todas las actuaciones de fomento del emprendimiento que el Gobierno ponga en marcha, prestando especial atención a las fórmulas de autoempleo colectivo que se enmarcan dentro de la economía social. 5) La transposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. 6) Impulsar la participación de la economía social en la evaluación, diseño y en la definición de los marcos normativos estratégicos para la coordinación y ejecución de las políticas activas de empleo y de fomento del emprendimiento. Se impulsará la participación, de la mano de las Comunidades Autónomas y de los agentes sociales, de las entidades representativas de la economía social en la evaluación, el diseño y la definición de los marcos normativos estratégicos necesarios que contribuyan a mejorar la coordinación y ejecución de las políticas activas de empleo, en el marco de la nueva Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020.

Eje 2. Impulso a la consolidación de empresas de la Economía Social y su crecimiento

El eje 2 tiene por objetivo consolidar la situación de las empresas y entidades de economía social y fomentar su crecimiento, en términos de tamaño y competitividad. Para ello se articularán medidas como: 1) Integrar a las empresas de la economía social en las estrategias para la mejora de la productividad que el

Gobierno diseñe e implante. 2) El apoyo y tutorización a la transformación de empresas mercantiles ordinarias que voluntariamente lo soliciten en entidades de la economía social. 3) La creación y puesta en marcha de cooperativas, sociedades laborales y otras fórmulas de la economía social. 4) Reforzar las medidas de coordinación con el Plan Estatal de Integración Asociativa 2015-2020 impulsado por el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. 5) El apoyo a la internacionalización de las empresas de economía social.

Eje 3. Análisis y desarrollo del marco jurídico de la economía social, con el objeto de eliminar las barreras que puedan impedir o limitar su desarrollo

En lo que respecta al marco jurídico, este tercer eje pretende el desarrollo de la normativa ya existente, la sistematización y mejora del ordenamiento jurídico que afecta a estas empresas, hasta la eliminación de las barreras que aún persisten en nuestras normas y que impiden una participación igualitaria de todas las empresas en determinados sectores de actividad. Este eje se desarrollaría en medidas como: 1) La revisión de la normativa vigente para eliminar las limitaciones o trabas a las entidades de economía social para actuar en determinados sectores de actividad. 2) El estudio del concepto de empresa social en el marco español y análisis de su posible relación con los conceptos de empresa social en el ámbito europeo. 3) La adopción de las medidas necesarias para garantizar la eficacia de la lucha contra el fraude en el sector. 4) El desarrollo normativo de la Ley 44/2015 de Sociedades Laborales y Participadas. 5) La creación del Registro Telemático de Cooperativas de ámbito estatal. 6) La elaboración del «Catálogo de las entidades de la economía social». 7) La creación del Sello de Entidad de la Economía Social.

Eje 4. Generación de mecanismos innovadores de participación de la Economía Social en sectores estratégicos

Este eje se centra, por una parte, en profundizar y mejorar en las aportaciones que este modelo empresarial ofrece a los sistemas de colaboración público-privados dentro de los sectores de actividad vinculados a los pilares del Estado del Bienestar y, por otra, en fomentar su contribución en otros ámbitos emergentes de carácter tecnológico que permiten optimizar las características de esta forma de hacer empresa y los empleos que genera. Se incluyen medidas como: 1) Promover que las empresas de la economía social participen en las actividades de I+D+I recogidas en el «Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020», en los ámbitos de la salud, el cambio demográfico y el bienestar. 2) El desarrollo y utilización de las fórmulas de colaboración público-privada en la prestación de servicios públicos. 3) El fomento de la cooperación interinstitucional para el desarrollo de la economía social.

Eje 5. Impulso de la Economía Digital en las entidades de Economía Social

El impulso de la Economía Digital hace referencia al reto de la adaptación de las entidades de la Economía Social a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) para que ganen en competitividad, partiendo de la constatación, revelada por diversos estudios de que la economía social sufre un retardo en la adopción de estas tecnologías. El Plan prevé medidas como: 1) El fomentar el emprendimiento en los sectores emergentes y de base tecnológica, así como el emprendimiento on-line. 2) La ejecución de estudios en la economía social asociados al desarrollo tecnológico y la implantación de las TIC en la economía social. 3) La realización de jornadas, cursos y seminarios de formación en TIC aplicadas a la economía social.

Eje 6. Fomento de la participación institucional de la economía social

El Eje 6 se dirige a fomentar de la participación institucional de la economía social. Por ello, se concibe como un eje de naturaleza transversal y se centra en potenciar la participación activa de las entidades representativas de la economía social en el que denomina “diálogo institucional”, para que la economía social goce de mayor presencia en los espacios en los que se construyen las políticas públicas. Las medidas propuestas son: 1) La renovación del Consejo para el Fomento de la Economía Social. 2) La coordinación entre el Consejo de Fomento de la Economía Social y otros Consejos análogos de nuestro entorno. 3) El impulso de los mecanismos de participación en el Diálogo Social, de manera que se amplíen a todos los actores socioeconómicos que contribuyen a generar riqueza y empleos, incluida la economía social. 4) Impulsar igualmente la creación de un grupo de trabajo de economía social en el marco de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales. 5) Impulsar la incorporación del Tercer Sector Social y de la Economía Social al Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. 6) Promover que la economía social participe en los Comités de Seguimiento del Fondo Social Europeo.

Eje 7. Desarrollo de la economía social en el marco de la Agenda Internacional y en especial en Iberoamérica, Europa y Mediterráneo

El Eje 7 pretende incorporar de forma más activa a la economía social en la que denomina “Agenda Internacional”, en especial en Iberoamérica, Europa y Mediterráneo, fomentando el modelo de empresa en otras áreas de nuestro entorno, aportando la experiencia española que es un referente internacional gracias al fuerte desarrollo institucional, legislativo y de representación que la economía social ha alcanzado en nuestro país. Con esta finalidad se incardina este eje con el fortalecimiento del Programa Operativo de Inclusión Social y Economía Social

2014-2020 del Fondo Social Europeo (FSE)². A tal efecto: 1) Se dará visibilidad a las actuaciones que se desarrollan en el Programa Operativo de Inclusión Social y Economía Social del FSE 2014-2020. 2) Se impulsará en las Instituciones Europeas la aprobación de un Plan de Acción Europeo 2018-2020 en materia de economía social. 3) Igualmente se impulsarán las Declaraciones de las Conferencias Europeas de Roma (2014), Luxemburgo (2015), Bratislava (2016) y Madrid (2017) en materia de economía social, esta última incorporada como Anexo 2 al propio documento³. 4) Se promoverá la participación española en los foros europeos de fomento de la economía social. 5) Se reforzará la coordinación de la acción en el exterior entre los responsables de los Departamentos Ministeriales. 6) Se fomentará la inclusión de la economía social en la agenda internacional del Gobierno de España en sus relaciones institucionales y empresariales con otras regiones del mundo. 7) También se promoverá la cooperación y colaboración en el ámbito de la economía social con los países del entorno mediterráneo. 8) Se intensificará la cooperación con Iberoamérica para el fomento de la economía social, en colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). 9) Se reforzará la cooperación en materia de Economía Social y Solidaridad con otros países de Iberoamérica para profundizar en determinados ámbitos.

Eje 8. Incremento de la visibilidad de las entidades de la economía social y difusión de su actividad

El incremento de la visibilidad de las entidades de la economía social y difusión de su actividad centra el Eje 8, que se dirige a generar instrumentos y mecanismos para incrementar el conocimiento de la ciudadanía española y visibilizar el peso, valor añadido y la contribución de estas empresas al desarrollo socioeconómico del país, especialmente a través de programas educativos y la elaboración de estadísticas. A tal efecto: 1) Se fomentará la elaboración de publicaciones de calidad y estudios especializados sobre las entidades de la economía social. 2) Se promoverá la inclusión de la economía social en los currículos de las diferentes etapas educativas. 3) Se promocionará el Día Europeo de las empresas de la Economía Social. 4) Igualmente, se promoverá la mejora y homogeneidad de la información estadística de la economía social. 5) Se fomentará la transferencia de conocimientos entre las empresas de economía social, la universidad y otras organizaciones especializadas en investigación. 6) Se incrementará la visibilidad de las entidades de la economía social en los sitios web de las Administraciones Públicas.

² Acerca de este PO, puede consultarse en la siguiente dirección, el documento que bajo el título “Programa Operativo de Inclusión Social y de la Economía Social” se puede descargar en: <https://www.conselleriadefacenda.es/documents/10433/3678926/PO+Inclu+Social+y+Econom+S+14-20.pdf/c209e714-e26c-4d29-ac7c-f9867a5c70fa>

³ Todas estas declaraciones pueden consultarse en: <https://www.cepes.es/documentacion/424>

Eje 9. Fomento de la igualdad de género y de la inclusión social en la economía social

Este eje trata de coordinar la economía social con otras políticas públicas transversales, como je la igualdad de género y la inclusión social, partiendo de la evidencia de que la economía social está ayudando no sólo a reducir las desigualdades de género, sino también a generar mayores oportunidades para todas las personas. Las medidas diseñadas son, esencialmente, las siguientes: 1) La elaboración de informes sobre presencia de mujeres en las entidades de la economía social y su evolución. 2) Se facilitará a las empresas de economía social su integración en iniciativas destinadas a superar las dificultades y obstáculos que impiden la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. 3) La promoción del conocimiento y del acceso a las entidades de la economía social para la implementación de medidas o planes de igualdad, y en la obtención del distintivo «Igualdad en la Empresa». 4) Se impulsará la celebración de Jornadas técnicas sobre la aplicación de los principios de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y de Igualdad de trato y no discriminación, dirigidas a entidades de la economía social. 5) La realización de informes de seguimiento y evaluaciones de las medidas contempladas en esta Estrategia, desde una perspectiva de género.

Eje 10. Impulso de la responsabilidad social en el marco de las entidades de la economía social

El Eje 10 tiene contempla una serie de medidas dirigidas a potenciar y fortalecer las prácticas de responsabilidad social empresarial en las empresas de economía social, alineando estas mediadas con las establecidas en Estrategia Española de la Responsabilidad Social de las Empresas 2014-2020⁴. En torno a este eje se diseñan medidas como: 1) Promover la aplicación de la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas 2014-2020 a la economía social. 2) Impulso a la realización de memorias de RSE por la parte de las entidades de la economía social y difusión a través del Portal de Responsabilidad Social del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 3) Generación de espacios de buenas prácticas e intercambio de experiencias en el ámbito de la responsabilidad social para las entidades de la economía social. 4) Promover la incorporación de la responsabilidad social aplicada al territorio en las actuaciones de la economía social. 5) El apoyo y coordinación con las herramientas de medición de la responsabilidad social existentes en otros ámbitos ministeriales con competencias en economía social.

⁴ Cfr. Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020. BOE núm. 69, de 20 de marzo de 2018.

Eje 11. Participación de la Economía Social en el diseño e implantación de la Agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

El último de los ejes en los que se estructura esta nueva Estrategia aborda la incorporación y participación de la economía social en el reto de implementar la nueva agenda de desarrollo sostenible que Naciones Unidas y la Comunidad Internacional se han marcado para el año 2030, para lo que se considera que el modelo de empresa de la Economía Social debe tener un papel protagonista dada la coincidencia entre los fines que persigue la Agenda de ODS y los valores de solidaridad interna y con la sociedad y la importancia del bienestar y el empleo de las personas que rigen las empresas de economía social. Las medidas diseñadas son: 1) Fomentar la participación de la Economía Social en el diseño e implementación de la estrategia o estrategias que el Gobierno de España ponga en marcha para la implementación y aplicación de los ODS a nivel estatal. 2) Promover la incorporación de las empresas de economía social como un actor clave del sector privado en las políticas de cooperación al desarrollo. 3) Se apoyará y fomentará la ejecución de acciones de visibilidad que pongan en valor la contribución de la economía social a los ODS a nivel estatal e internacional. 4) Se promoverá la inclusión de la economía social en el Plan Nacional de Empresas y Derecho Humanos. 5) Se realizarán acciones de sensibilización e información dirigidas al tejido empresarial de la Economía Social sobre los ODS y su papel en esta nueva agenda.

3 IMPLANTACIÓN DE LA ESTRATEGIA

El documento prevé que las medidas contempladas en esta Estrategia se concreten en tareas y actuaciones calendarizadas a través de un Plan de Acción, que se desarrollaría en dos etapas. La primera, que abarcará el período 2018/ 2019 está dirigida a la elaboración y aprobación, en el primer semestre de 2018, una vez aprobada la presente Estrategia. Antes del fin de 2019, se realizaría una evaluación integral de las medidas de la Primera Fase del Plan de Acción para que en la Segunda Fase del mismo, que abarcará hasta 2020, puedan ajustarse los objetivos cuantificados a alcanzar.

4 SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN

Las tareas de seguimiento y evaluación están dirigidas a supervisar de manera permanente la planificación, el grado de avance, la ejecución y los resultados de cada una de las medidas planteadas, así como de la Estrategia en su conjunto. Este seguimiento y evaluación se concretará en un informe, de carácter anual, que permitirá evaluar la intensidad de las medidas aplicadas, de manera que se identifiquen los avances realizados y se muestren las oportunidades de mejora,

permitiendo a las diferentes administraciones y agentes involucrados optimizar sus esfuerzos, y que será presentado al Consejo para el Fomento de la Economía Social.

5 ANEXOS

El documento incorpora finalmente como anexos: Anexo 1. Incentivos para las entidades de la economía social vigentes actualmente y Anexo 2. Declaración de Madrid: “La Economía Social, un modelo empresarial para el futuro de la Unión Europea”.

6 VALORACIÓN

Se trata sin duda de un documento ambicioso y de gran valor programático, cuya puesta en aplicación debe suponer un salto cualitativo para un sector como el de la Economía Social, en constante evolución y que de manera significativa va cobrando peso en nuestro país.

A día de hoy, sin embargo, no se ha aprobado el Plan de Acción necesario para su desarrollo y aplicación efectiva. Esperamos que el futuro se haga realidad.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 385-395
ISSN: 1130-2682

UNA NUEVA REFORMA DE LAS SECCIONES
DE CRÉDITO DE LAS COOPERATIVAS EN LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

*A NEW REFORM OF THE CREDIT SECTIONS OF COOPERATIVES
IN THE AUTONOMOUS COMMUNITY OF CATALONIA*

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ*

* Doctor en Derecho. Miembro del IDIUS y CERGI, de la USC. Dirección de correo electrónico: jarmiguez@gmail.com

RESUMEN

Las consecuencias de la crisis económica y financiera han sido especialmente graves para las secciones de crédito de las cooperativas hasta el punto de amenazar la propia supervivencia de las cooperativas. Con esta regulación se trata de garantizar la supervivencia de las secciones de crédito de las cooperativas agrarias de primer grado, ofreciendo una regulación más detallada y dirigida a incrementar su solvencia y continuidad.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, economía social, secciones de crédito.

ABSTRACT

The consequences of the economic and financial crisis have been especially serious for the credit sections of the cooperatives to the point of threatening the very survival of the cooperatives. This regulation seeks to guarantee the survival of the credit sections of first-degree agricultural cooperatives, offering a more detailed regulation aimed at increasing their solvency and continuity.

KEY WORDS: Cooperatives, Social Economy, credit sections.

SUMARIO: 1. UNA NECESARIA REMISIÓN AL CONTEXTO. 2. ESTRUCTURA Y ALCANCE DE LA NORMA. 3. CONTENIDO DE LA NUEVA REGULACIÓN: LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS. 3.1. Disposiciones generales. 3.2. Regulación económica y financiera. 3.3. Contabilidad, auditoría, inspección y régimen sancionador. 3.4. El Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito. 3.5. Disposiciones complementarias. 4. VALORACIÓN FINAL.

CONTENTS: 1. A NECESSARY REFERENCE TO THE CONTEXT. 2. STRUCTURE AND SCOPE OF THE STANDARD. 3. CONTENT OF THE NEW REGULATION: THE MAIN MODIFICATIONS INTRODUCED. 3.1. General provisions. 3.2. Economic and financial regulation. 3.3. Accounting, auditing, inspection and sanctioning regime. 3.4. The Cooperative Fund to support the credit sections. 3.5. Supplementary provisions. 4. FINAL ASSESSMENT.

1 UNA NECESARIA REMISIÓN AL CONTEXTO

La Comunidad Autónoma de Cataluña ha sido especialmente activa en los últimos años en materia de cooperativas. Las sucesivas reformas, tanto de rango legal como reglamentario, llevadas a cabo en su regulación en ejercicio de las competencias asumidas por dicha Comunidad Autónoma en el marco estatutario revelan de manera clara no sólo la importancia de la denominada Economía Social en la economía de la región, sino también la preocupación que en los poderes públicos han suscitado los efectos negativos que como consecuencia de la reciente crisis económica y financiera se han advertido en el sector, comprometiendo incluso su propia supervivencia.

La norma objeto del presente comentario, la nueva Ley 7/2017, de 2 de junio, del régimen de las secciones de crédito de las cooperativas (en adelante, “Ley 7/2017, de 2 de junio” o simplemente “Ley 7/2017”)¹ debe enmarcarse en consecuencia en el referido contexto, valorando los cambios introducidos teniendo en consideración no sólo la vigente Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas (de Cataluña)² que configura la regulación principal en materia de cooperativas en Cataluña, sino también, en el tema específico de las “secciones de crédito”, dos normas derogadas de manera expresa por la nueva Ley 7/2017. Nos referimos a la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas en Cataluña³ y el posterior Decreto-ley 2/2016, de 17 de mayo, de modificación de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del

¹ Vid. DOGC n° 7386, de 8 de junio de 2017 y, ulteriormente, BOE n° 160, des 6 de julio de 2017.

² BOE n° 194, de 14 de agosto de 2015.

³ BOE n° 153, del sábado 25 de junio de 2016.

funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas en Cataluña⁴, que introdujo en la citada Ley 6/1998 un nuevo capítulo, el Capítulo IV, destinado a la creación de un “Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito”⁵. La nueva Ley 7/2017 avanza en la línea marcadas por sus predecesoras con el objeto específico de garantizar la viabilidad de las secciones de crédito de las cooperativas.

El propósito de la nueva norma y el contexto en el que se aprueba se infiere directamente de alguna de las afirmaciones del Preámbulo de la nueva Ley 7/2017. Así, en dicho Preámbulo podemos leer, entre otras argumentos que justifican su aprobación, los siguientes:

“La regulación de las secciones de crédito de las cooperativas se inserta dentro del bloque de legislación que tiene por objeto el buen funcionamiento del sector cooperativo y la protección del cooperativista individual.

Las secciones de crédito gestionan la tesorería de los socios comunes y los socios colaboradores de la cooperativa, que proviene de los ahorros de las unidades familiares de las zonas rurales donde están arraigadas, conjuntamente con la tesorería de la propia cooperativa, y también realizan los pagos y cobros recurrentes.

La crisis económica y financiera general de estos últimos ejercicios ha conllevado una reducción de los márgenes financieros que ha implicado, entre otros efectos, que los rendimientos de los activos financieros en que las secciones de crédito invierten sus disponibilidades sean a menudo muy ajustados para cubrir la remuneración de los saldos acreedores de la sección de crédito a sus socios titulares más sus gastos de gestión, lo que debilita, en algunos casos, la estructura financiera y económica de la cooperativa.

No poder acompañar la exigibilidad de los saldos acreedores de la sección de crédito al ritmo de liquidación ordenada de sus activos y necesitar más tiempo para poderlos liquidar puede generar un riesgo de eventuales insuficiencias de liquidez para afrontar con éxito el retorno de estos saldos acreedores a sus socios titulares, aparte del riesgo de solvencia por la actividad de la cooperativa, incluida la propia sección de crédito⁶. En casos recientes, el riesgo de liquidez no se ha podido cubrir, como en el pasado, recurriendo a las entidades bancarias. Estas

⁴ BOE nº 153, del sábado 25 de junio de 2016.

⁵ Tanto la Ley de cooperativas de Cataluña como el Decreto-ley 2/2016 fueron ya objeto de su correspondiente reseña en esta misma Revista. Vid. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A.; “La Nueva Ley de Cooperativas de Cataluña”, en *CES* 35 (2015-2016), págs. 405 a 414 y, del mismo autor, “Reforma del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas en Cataluña”, en *CES* 39 (2016-2017), págs. 411 a 420.

⁶ Énfasis añadido.

no han mostrado interés en dar la financiación suficiente a la cooperativa ni en adquirir la cartera crediticia otorgada por la sección de crédito, a pesar de la posibilidad de disponer de aval público.

(...)

Por lo tanto, es imprescindible estructurar un nuevo instrumento en manos de las propias cooperativas con sección de crédito que contribuya al retorno de los saldos acreedores de las secciones de crédito a los socios titulares, dotando de tiempo a la cooperativa en reestructuración para poder liquidar de forma ordenada los activos de la sección de crédito⁷. (...)

En consecuencia, la existencia de eventuales insuficiencias de liquidez en los procesos de baja de algunas secciones de crédito con falta de ofertas de financiación bancaria, y el correspondiente riesgo de contagio al resto de cooperativas, a pesar de tener una estructura financiera y económica adecuada, justifican⁸ (...)

Debe modificarse, pues, la normativa catalana en materia de secciones de crédito en este sentido, con la creación de dicho fondo de apoyo financiero [“Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito”], para profundizar en la preservación de los saldos acreedores de las secciones de crédito y, por lo tanto, de los intereses de sus usuarios, sin olvidar que las secciones de crédito de las cooperativas agrarias no son entidades financieras y que, por lo tanto, estos saldos acreedores no están cubiertos por el Fondo de garantía de depósitos de entidades de crédito ni por el Fondo de garantía de inversiones⁹.

Asimismo, se introducen en la normativa catalana en materia de secciones de crédito medidas para mejorar la transparencia de la actividad de la sección de crédito ante sus usuarios¹⁰, (...).”.

La evidencia es, pues, que existe un problema importante en el funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas agrarias que, aunque en principio, incumbe en primer lugar a las mismas por su naturaleza privada y no pública, exige un tratamiento singular por parte de los poderes públicos atendiendo, precisamente, a su singular naturaleza enmarcada en la denominada “Economía Social”. El propio Preámbulo lo recuerda, repitiendo una idea ya incluida en el Preámbulo (que no “Exposición de Motivos”) del Decreto-ley 2/2016, cuando afirmaba con rotundidad que:

⁷ Énfasis añadido.

⁸ Énfasis añadido.

⁹ Énfasis añadido.

¹⁰ Énfasis añadido.

“(…) hay que considerar que los perjuicios ocasionados por estas situaciones de riesgo en alguna cooperativa con sección de crédito deben ser asumidos en primer lugar por la propia cooperativa (socios y acreedores) y, en segundo lugar, por el sector, procurando la salvaguardia en todo momento del valor de las aportaciones que realicen las cooperativas con sección de crédito, pero debe evitarse que repercutan en el contribuyente o que corran a cargo de los recursos públicos.”

Desde esta perspectiva vamos a abordar, de modo necesariamente sumario, el contenido de la nueva norma, la Ley 7/2017, y el alcance de los cambios introducidos.

2 ESTRUCTURA Y ALCANCE DE LA NORMA

La Ley 7/2017 contiene treinta y siete artículos, estructurados en cuatro capítulos (Disposiciones generales, Regulación económica y financiera, Contabilidad, auditoría, inspección y régimen sancionador y Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito), una disposición adicional, dos disposiciones transitorias, una disposición modificativa (que modifica de modo puntual la Ley 12/2015, de cooperativas), una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

Como ya anticipamos, la nueva norma deroga de forma expresa la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas¹¹, y el Decreto-ley 2/2016, de 17 de mayo, que modificaba la citada Ley 6/1998.

El Legislador autonómico no ha optado, en esta ocasión por modificar nuevamente la ley que estaba vigente, como había hecho en 2016, sino decidió acometer una reforma integral de la norma, reemplazándola por una nueva. Una opción de política normativa que, en consecuencia, al incorporar un Preámbulo y no una Exposición de Motivos, hace que en esta fundamental parte de la disposición se eluda una justificación más detallada de los cambios concretos introducidos, que en algún aspecto son, como veremos, relevantes y que deben apreciarse comparando la norma nueva con la derogada.

¹¹ BOE nº 144, de 17 de junio de 1998. La Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas [en Cataluña] no era la primera norma con rango legal específica para esta singular y delicada materia. La Ley 6/1998t tiene su antecedente inmediato en la Ley 1/1985, de 14 de enero, reguladora del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas [de Cataluña].

3 CONTENIDO DE LA NUEVA REGULACIÓN: LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

En este epígrafe destacaremos únicamente los aspectos más sobresalientes de la nueva regulación.

3.1. Disposiciones generales

La primera de las Disposiciones generales (Art. 1 Ley 7/2017) hace referencia al **concepto y objeto de las secciones de crédito**.

Conforme a la nueva norma, se deben reputar secciones de crédito a “las unidades económicas y contables internas de las cooperativas de clase agraria de primer grado¹² que cumplen los requisitos establecidos por la presente ley y por la Ley de cooperativas.”

Debe subrayarse en este punto que la nueva redacción del artículo 1 dedicado en el texto de 1998 al “Concepto y funciones” y en la actualidad al “Concepto y objeto” limita el concepto de sección de crédito y, con ello, la posibilidad de que una cooperativa se dote de ella a las “cooperativas de clase agraria de primer grado”. En coherencia, debe entenderse que sólo este tipo de cooperativas podrán disponer de secciones de crédito¹³.

Se aprecia también una nueva delimitación del **ámbito subjetivo de sus funciones**, pues conforme a la nueva regulación, las secciones de crédito deben limitarse a la gestión de operaciones activas y pasivas dentro de la propia cooperativa a los socios comunes y a los socios colaboradores. Piénsese que la redacción equivalente de la Ley 6/1998 les permitía operar con “los socios y adheridos” y los “miembros de la comunidad familiar afectos a la actividad económica de los socios” (Art. 1 Ley 6/1998).

Tal limitación se traslada, en consecuencia, a su objeto, que ahora queda limitado a cumplir alguna de las siguientes finalidades:

- a) Contribuir a la financiación de las operaciones de la cooperativa.
- b) Contribuir a la financiación de actividades de los socios comunes vinculadas a la actividad de la cooperativa o a las necesidades domésticas de los socios comunes y de los socios colaboradores.
- c) Gestionar de forma conjunta las disponibilidades líquidas de los socios comunes y de los socios colaboradores.”

¹² Énfasis añadido.

¹³ Téngase en cuenta que el Decreto-ley 2/2016 preveía la creación del “Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito” exclusivamente a las cooperativas de clase agraria de primer grado, pero no había modificado el concepto de las secciones de crédito que ahora se circunscriben únicamente a este tipo de cooperativas.

Asimismo se prohíbe de forma expresa la existencia de unidades diferenciadas dentro de la cooperativa con finalidades asimilables a las establecidas por la presente ley para las secciones de crédito, manteniéndose que dichas secciones carecen personalidad jurídica propia, distinta de la cooperativa que se crean.

Respecto de los **socios** de las cooperativas con sección de crédito, conforme a su Art. 2 Ley 7/2017, cuando los socios comunes de las cooperativas rurales que, a los efectos esta ley y de la normativa que ulteriormente la desarrolla, no cumplan los requisitos para ser socios comunes en una cooperativa de clase agraria se les asimila a socios colaboradores. Del mismo modo se reputan también como socios comunes: a) los miembros de la comunidad familiar que tengan una relación de afinidad o de consanguinidad de primer grado con los socios que cumplen los requisitos legales para tener la condición de socio común en una cooperativa agraria y que lleven a cabo una actividad económica que dependa o sea afecta a la actividad económica de estos socios; b) los trabajadores de la cooperativa y c) las personas jubiladas que, en sus tres últimos años de vida profesional activa, habían tenido la condición de socio común en una cooperativa agraria.

La **denominación** de “sección de crédito”, conforme al Art. 3 Ley 7/2017, solamente podrá ser utilizada por las cooperativas con sección de crédito que sujeten su funcionamiento a las prescripciones de la propia Ley 7/2017 y cuyos estatutos prevean la existencia de una unidad interna con las finalidades establecidas por dicha ley.

En lo que atañe al **registro**, su regulación es más detallada (Art. 4 Ley 7/2017) que la anterior, manteniéndose su carácter obligatorio y la existencia de una sección especial dentro del Registro general de cooperativas. No obstante, en la nueva regulación se exige un informe preceptivo, vinculante y favorable del departamento competente en materia de economía y finanzas, así como que las cooperativas que soliciten el alta de una sección de crédito deban acompañar la solicitud del informe, de las cuentas anuales auditadas de la cooperativa del último ejercicio contable cerrado y, adicionalmente, de un balance auditado en la fecha de la asamblea general que acordó la creación de la sección de crédito siempre que hayan transcurrido más de seis meses entre la fecha de cierre del último ejercicio y dicha fecha de la asamblea general.

Debe destacarse también la más detallada regulación de los requisitos exigibles para sumir la gestión de dichas secciones, siendo expresivo a este respecto el título del artículo que los regula, el art. 4 Ley 7/2017, que lleva la rúbrica de “Profesionalidad de la gestión”.

3.2. Regulación económica y financiera

El capítulo II (Arts. 6 a 12 Ley 7/2017) se ocupa de la Regulación económica y financiera de las secciones de crédito que es ahora mucho más detallada y mi-

nuciosa en lo relativo a su estructura financiera y actividad (Art. 6 Ley 7/2017), las operaciones con la cooperativa (art. 7 Ley 7/2017) las operaciones con socios (Art. 8 Ley 7/2017), la instrumentación de las operaciones con socios (Art 9 Ley 7/2017), las facultades de los órganos sociales con relación a la actividad financiera (Art. 10 Ley 7/2017), las obligaciones de información (Art. 11 Ley 7/2017) y la exigibilidad de los saldos acreedores (Art. 12 Ley 7/2017).

3.3. Contabilidad, auditoría, inspección y régimen sancionador

El Capítulo III (arts. 13 a 23 Ley 7/2017) se ocupa de las normas específicas en materia de contabilidad, auditoría, inspección y régimen sancionador. En todos estos ámbitos la regulación es mucho más amplia, dedicando la nueva normas preceptos específicos y diferenciados para el tema de la auditoría (Art. 14 Ley 7/2017), las obligaciones de comunicación de los auditores (Art. 15 Ley 7/2017) y la Inspección y órganos competentes en materia sancionadora (Art. 16 Ley 7/2017).

En materia de **Responsabilidad** (Art. 17 Ley 7/2017) se mantiene la pauta de extenderla a la cooperativa, y también, si es imputable a su conducta dolosa o negligente, la responsabilidad del director general o el gerente, de los miembros del consejo rector y de los interventores de cuentas.

Asimismo se establece un régimen de **Infracciones** (Art. 18 Ley 7/2017), **Sanciones aplicables a las cooperativas** (Art. 19 Ley 7/2017) y las aplicables a “a otros sujetos”¹⁴ (Art. 20 Ley 7/2017). En los Arts. 21 a 23 Ley 7/2017 se regulan las **Competencias sancionadoras**, las **Normas de procedimiento** y la **Normativa supletoria**.

3.4. El Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito

El Capítulo IV, como ocurría en la Ley 6/1998 tras la reforma de 2016, está dedicado al “Fondo cooperativo de apoyo a las secciones de crédito” (en adelante el “Fondo”), figura que se mantiene en consecuencia. No obstante, su regulación es ahora más detallada:

La Ley 7/2017 incorpora a su contenido normativo —pues en el Decreto-ley 2/2016 aparecía sólo en el Preámbulo— la finalidad básica del Fondo que no es otra que “dar estabilidad y sostenibilidad al conjunto de las cooperativas con sección de crédito.” (Art. 24.1 Ley 7/2017, bajo la rúbrica “Finalidad, objeto y naturaleza”), haciéndolo en términos más generales que los que incorporaba el Artículo 20 del Decreto-ley 2/2016 que circunscribía su objeto a “contribuir al retorno a sus titulares los fondos constituidos como saldos acreedores a las sec-

¹⁴ El artículo 16 de la Ley 6/1998 hablaba de “Otras sanciones”.

ciones de crédito, siempre que los socios hayan acordado la baja de la sección de crédito correspondiente antes de recibir el mencionado soporte financiero.” Dicho objeto es descrito ahora como el de “contribuir a devolver a sus titulares los fondos constituidos como saldos acreedores en las secciones de crédito, siempre que los socios hayan acordado la baja de la sección de crédito correspondiente antes de recibir una actuación de apoyo financiero¹⁵.”

No es posible entrar en el detalle de la nueva regulación del Fondo, que resulta mucho más minuciosa, pues se regulan aspectos como la Participación en el mismo (Art. 25); la Recuperación del valor de las participaciones (Art. 26); su Administración (Art. 27); su Órgano rector (Art. 28); las Comisión delegada y su composición (Arts. 29 y 30); el Régimen económico (Art. 31); las Aportaciones no integrables a capital de cada cooperativa con sección de crédito (Art. 32); las posibles Actuaciones de apoyo financiero (Art. 33); los Criterios con relación a las actuaciones de apoyo financiero (Art. 34); el Destino de la parte del Fondo no aplicada a actuaciones de apoyo financiero (Art. 35), las Cuentas anuales y distribución del resultado (Art. 36) y la Colaboración y deber de secreto (Art. 37).

Como hemos indicado, buena parte de estas previsiones ya aparecían en la regulación de 2016, pero ahora se tratan de forma individualizada y más pormenorizada.

2.5. Disposiciones complementarias

La Disposición adicional única crea la Comisión de Seguimiento Sectorial de Cooperativas con Sección de Crédito como órgano colegiado de consulta, colaboración y asesoramiento, con carácter no vinculante, de la Administración de la Generalidad. Dicha Comisión se adscribe al departamento competente en materia de economía y finanzas y participada por los departamentos de la Generalidad competentes en materias relacionadas con el cooperativismo, la agricultura y las secciones de crédito y por el sector cooperativo agrario.

La Comisión tiene como funciones generales la consulta, el asesoramiento y el seguimiento del sector cooperativo agrario con sección de crédito y debe acordar su régimen de funcionamiento y su composición.

El régimen transitorio tiene por objeto la acreditación de conocimientos del director general o gerente de las cooperativas y se regula la situación de los requerimientos emitidos en virtud del Decreto ley 2/2016.

La Disposición modificativa ya aludida tiene por objeto la modificación de la Ley 12/2015, de cooperativas, introduciendo, concretamente la letra f) del apartado 3 del artículo 150 de dicha la Ley 12/2015, en materia de infracciones.

¹⁵ Énfasis añadido.

Finalmente y junto a la Disposición derogatoria ya comentada, en las dos disposiciones finales se prevé las normas para desarrollar reglamentariamente la Ley 7/2017 y su entrada en vigor.

3 VALORACIÓN FINAL

La nueva norma introduce notables cambios en la normativa reguladora de las secciones de crédito tratando de este modo de garantizar su mantenimiento en un contexto económico que continúa a ser difícil para las mismas.

La nueva norma sigue la senda del Decreto-ley 2/2016, centrada en dar solución a los problemas financieros que atravesaban las cooperativas agrarias. La nueva ley centra en ellas la regulación general de las secciones de crédito que, a su amparo, serían las únicas que podrían constituir secciones de crédito.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 397-402
ISSN: 1130-2682

ANOTACIÓN Á LEI 5/2017, DE 19 DE OUTUBRO,
DE FOMENTO DA IMPLANTACIÓN DE
INICIATIVAS EMPRESARIAIS EN GALICIA

*ANOTATION TO LAW 5/2017, OF 19 OCTOBER,
OF PROMOTION OF THE IMPLEMENTATION
OF BUSINESS INITIATIVES IN GALICIA*

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ*

* Profesor Titular interino de Derecho mercantil, Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: ftorres@uvigo.es

RESUMEN

A Lei 5/2017 de implantación de iniciativas empresarias de Galicia, contempla unha serie de medidas tendentes a mellora do desenvolvemento económico da Comunidade Autónoma de Galicia. Como complemento de medidas específicas no ámbito administrativo orientadas a unha axilización na concesión nas autorizacións ambientais e da xestión do chan industrial, tal Lei contempla modificacións na Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia, permitindo a constitución de cooperativas con dúas persoas socias e contemplando unha reestruturación do Rexistro de cooperativas de Galicia.

PALABRAS CHAVE: iniciativas empresariais, autorizacións ambientais, número persoas socias nas cooperativas, Rexistro de cooperativas

ABSTRACT

The Law 5/2017 on the implementation of business initiatives in Galicia contemplates a series of measures to improve the economic development of the Autonomous Community of Galicia. As a complement to specific measures in the administrative field to facilitate the environmental authorizations granting and the management of industrial land, this Law contemplates changes in Law 5/1998 of Cooperatives of Galicia, which allow the establishment of cooperatives with two people and contemplate a restructuring of the Register of cooperatives of Galicia.

KEY WORDS: business initiatives, environmental authorizations, number of people in the cooperatives, Register of cooperatives.

I

O 10 de novembro de 2017 publicouse no BOE a Lei 5/2017, de 19 de outubro, de fomento da implantación de iniciativas empresariais en Galicia. Tal norma fora publicada no DOGA de 25 de outubro de 2017, entrando en vigor consonte a súa Disposición final decimosexta o 26 de outubro de tal ano.

Como se puntualiza na súa Exposición de Motivos, trátase dunha norma promulgada o abeiro da competencia exclusiva que a Comunidade Autónoma de Galicia ten sobre o fomento e a planificación económica no seu territorio. Segundo o lexislador galego, dita lei enmárcase nunha estratexia legal que ten como obxectivo a mellora do desenvolvemento económico e o crecemento da ocupación e o emprego de calidade.

Para acadar a súa finalidade a norma contempla, fundamentalmente, medidas de carácter administrativo aplicables ao desenvolvemento de chan empresarial, ao fomento de iniciativas empresariais que precisen de autorizacións ambientais e, como colofón, de incentivos e promoción fiscal para a implantación de iniciativas empresarias. Non obstante, cunha técnica lexislativa criticable, a Lei ten sido acompañada dunha morea de Disposicións finais nas que se regulan cuestións variadas, moitas en relación coa materia propia da norma (explotacións de enerxía eólica, eléctricas, de distribución ao por menor de produtos petrolíferos, a lei de montes e a regulación de explotacións mineiras) pero outras sen moita conexión. Así, por exemplo, aproveítase a norma para variar o réxime xurídico das vivendas dedicadas a aluguer turístico e o réxime das Cooperativas cunha novidade normativa que figura na Disposición final primeira da Lei que modifica a Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia.

II

Seguindo o esquema legal, compre subliñar ordenadamente as principais medidas que en cada unha das cuestións reguladas, contempla a Lei 5/2017.

O título preliminar define o ámbito de aplicación da norma así como os principios básicos que orientan o fomento das iniciativas empresariais en Galicia (art. 3). Principios que, por xenéricos, resultan vacuos e sobre todo semellan conculcados en coñecidas iniciativas empresariais con amplo impacto medioambiental (en concreto: sector da enerxía eléctrica e minería). Tras esta idea o lexislador define as competencias administrativas que cada Consellería posúe nesta materia así como o rol que xogan os Concellos (art. 4 a 7). Neste punto, debemos resaltar que si ben a promoción das medidas contidas na norma parece pivotar sobre a Consellería de Economía e a Consellería de infraestruturas e vivenda, o papel

da consellería con competencias sobre avaliación e reforma administrativa (entendemos que a Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza) resulta crucial para un correcto desenvolvemento da norma. Neste punto, non hai que esquecer que unha das principais demandas dos operadores xurídicos e que, ademais da simplificación administrativa dos trámites relativos a iniciativas empresariais, estes podan realizarse ante un único órgano evitando a dispersión de trámites.

No título primeiro trátase o réxime xurídico do chan empresarial. No que atinxe a esta materia, o principal obxectivo declarado polo lexislador é dotar de axilidade ao desenvolvemento do mesmo. Para iso contéplanse medidas específicas de simplificación dos procedementos e solucións para adaptar de forma axeitada a oferta e a demanda real de chan empresarial. En particular, permítese, con matices, a execución e utilización por fases dos proxectos sectoriais de chan empresarial de iniciativa pública (art. 10), crease o censo de chan empresarial de Galicia (art. 12) e contéplanse medidas específicas de apoio aos Concellos no desenvolvemento de chan empresarial vía Instituto Galego de Vivenda e solo. A continuación, en sendos capítulos, régúlase o acceso ao chan empresarial e a xestión das áreas empresariais, introducindo neste último punto especificidades en canto ao mantemento e conservación de tales superficies (art.19), solución legal lóxica tendo en conta o estado de abandono que sofren moitas destas áreas unha vez construídas e antes de seren ocupadas. O título primeiro péchase co capítulo dedicado ao réxime sancionador. Chama a atención a contía das multas, sobre todo pola falta de inscrición no Censo antes citado (art. 22).

No que se refire a mellora normativa para o fomento da implantación de iniciativas empresariais, o título II ten una clara vocación administrativista baseada, fundamentalmente, na tramitación ambiental dos proxectos. Con clara (e optimista) vocación de axilizar o que posiblemente é o trámite mais complexo para unha industria, o lexislador reforza medidas como a tramitación ambiental conxunta (art. 27), a coordinación da autorización integrada con procedementos de avaliación ambiental (arts. 31 e ss), e a simplificación de determinados procedementos (fundamentalmente ligados ao sector eléctrico).

Para concluír, a norma dedica dous artigos (art. 40 e 41) aos denominados incentivos para el fomento de la implantación de iniciativas empresariais, que será desenvolvido polo oportuno regulamento.

III

Con todo, e como avanzamos, a novidade no que atinxe ao réxime das Cooperativas ven establecida na Disposición final primeira da Lei 5/2017 aquí anotada. Por medio da mesma, modifícanse varios artigos da Lei 5/1998. En particular, modifícase o artigo 7 desta norma, co fin de permitir a constitución de coopera-

tivas de primeiro grao por dúas persoas, sen computar a estes efectos as persoas socias a proba, excedentes e colaboradoras. Nesta liña, tamén nesta (DF primeira, en concreto no seu apto. Seis) se modifica o art. 104.1 da Lei de Cooperativas no número de persoas socias necesarias para constituír e funcionar as cooperativas de traballo asociado que pasarían de tres a dúas; e o art. 141.2, b) no que se pasa tamén como mínimo a dúas persoas socias as que terán que comparecer no trámite de audiencia no procedemento de descualificación da cooperativa en caso de non existir órgano de administración.

Estas variacións puntuais en canto a número de persoas socias, complétanse coa adición dun novo artigo na Lei 5/1998 (o art. 7 bis) que ten por obxectivo establecer o réxime das cooperativas de dúas persoas socias. O novo artigo prevé medidas que afectan á disciplina dos órganos sociais. En concreto, as maiorías necesarias para os acordos sociais, que requiren o voto favorable das dúas persoas socias; a posibilidade de constituír Consello Reitor con solo dous membros; e que non precisan de constituír ningún outro órgano. Tamén regúlanse aspectos propios do réxime económico. Contéplase que o importe das aportacións de cada unha das dúas persoas socias ao capital social non poderá pasar o 50% do mesmo; e que cando transcorran 5 anos con dúas persoas socias, a partir do seguinte exercicio, terase que facer unha dotación adicional á reserva obrigatoria do 2,5 % da súa cifra de negocios anual.

No obstante, a modificación operada na Lei 5/1998 tamén afecta a outras cuestións. En particular refórmanse aqueles artigos que fan referencia ao Rexistro central de cooperativas. Así, modifícanse o art. 10.3 no que se disciplina á creación de seccións de crédito nas cooperativas, o artigo 97.1 no que se varía a estruturación anterior que dividía entre Rexistro central e Rexistros provinciais, e derróganse os artigos 97.4 e 98.2 por canto nos mesmos establecíanse as competencias do anteriormente denominado rexistro central. Enténdese, pois, que tales competencias son asumidas polo Rexistro de cooperativas. Seguindo esta liña, de adaptación a nova estrutura do rexistro, modifícanse aqueles artigos referentes as las unións, federacións o confederacións de cooperativas no que atinxe a súa inscrición rexistral. Por exemplo, varíanse os seguintes preceptos: o art. 134.2 no que alen diso tamén se incorpora unha mellora técnica na numeración dos seus apartados (pasando de ordinais a letras) para facela uniforme co resto dos apartados do citado artigo; e os artigos 134.3 e 136.2 prescindindo da xa citada mención ao rexistro central de cooperativas. Tamén se modifica o art. 139.5, a) eliminando as referencias aos rexistros provinciais de cooperativas.

Finalmente, na Disposición final decimoquinta autorízase a que nun prazo de 1 ano desde a entrada en vigor da Lei 5/2017 se aprobe un decreto lexislativo que refunda a Lei 5/1998 coas súas modificacións e os preceptos previstos nesta lei. Compre resaltar que este prazo compútase desde a súa entrada en vigor trala publicación no DOGA. E dicir, a tarefa de refundición debería facerse antes do

26 de outubro de 2018. Alén diso esta refundición tamén debería ir acompañada da modificación do Decreto 430/2001, de 18 de decembro polo que se aproba o Regulamento do Rexistro de Cooperativas de Galicia, debido as citadas modificacións introducidas na estrutura do rexistro pola norma aquí anotada.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 403-409
ISSN: 1130-2682

A “COOPERATIVA NA HORA”
THE “ON-THE-SPOT COOPERATIVE”

PAULO VASCONCELOS*

* Professor Coordenador da Área Científica de Direito do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto. CECEJ. Advogado. Correio postal: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Rua Jaime Lopes de Amorim, 4465-004 S. Mamede de Infesta, PORTUGAL. Correio eletrónico: paulo_v@iscap.ipp.pt / www.paulovasoncelos.pt.

O Decreto-Lei n.º 54/2017, de 2 de junho, estabeleceu um “regime especial de constituição imediata de cooperativas”. Foi um último desenvolvimento de um processo de simplificação das formalidades para a constituição de empresas cujo início remonta já ao início deste século XXI, o qual, por sua vez, se insere numa tendência europeia de simplificação do processo dos atos de constituição de sociedades e outras entidades empresariais².

Na verdade, até ao final do século XX era difícil constituir uma sociedade comercial em Portugal em menos de um mês, com todos os inconvenientes daí advinentes. De facto, era necessário começar por requerer o certificado de admissibilidade de firma, por via postal (para quem não pudesse ir diretamente ao RNPC em Lisboa) a que se seguia a necessidade de marcar dia e hora em Cartório Notarial para a celebração da escritura pública de constituição da sociedade, para depois se proceder aos necessários requerimentos para o registo na Conservatória do Comercial da localidade da sede e para as publicações no Diário da República e em jornal da mesma localidade.

Ora, atentos todos os inconvenientes para o desenvolvimento da economia que tais delongas provocavam, como os inerentes custos, foi empreendido um esforço significativo de agilização e concentração dos procedimentos necessários para o efeito, através dos chamados programas SIMPLEX. Não se tratou, em boa verdade, de alteração dos requisitos legais a observar (com exceção da dispensa da escritura pública, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março), mas na sua concentração num único local e serviço, permitindo que os interessados passassem a poder dar todos os passos necessários à constituição da sociedade, num único atendimento, assim lhes permitindo iniciar e concluir o processo de constituição num único dia.

No âmbito destas iniciativas se insere também o desaparecimento da competência territorial das Conservatórias do Registo Comercial, possibilitando a realização dos registos em qualquer Conservatória à escolha do requerente, introduzida pelo mesmo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, e a consequente adoção do número único de pessoa coletiva e de matrícula, atribuído pelo Registo Nacional de Pessoas Coletivas³. Associada a tal mudança está ainda a possibilidade de requerer o registo online, através do portal da empresa, o que pode ser efetuado em língua portuguesa, em inglês ou em espanhol.

² Citem-se, a título de exemplo, o regime espanhol da “*Nova Empresa*” e a criação em França dos “*Centres de formalités des entreprises*”.

³ O NIPC é um número sequencial de nove dígitos, variando o primeiro dígito da esquerda entre os algarismos 5 e 9, com exclusão do algarismo 7 – cf. art. 13.º do Regime Jurídico do Registo Nacional de Pessoas Coletivas, aprovado pelo DL n.º 129/98, de 13 de maio.

Do mesmo modo, foi instituída a certidão do registo comercial permanente, que está acessível em permanência através do sítio na internet respetivo (<https://bde.portaldocidadao.pt> - empresa online), dispensando a apresentação da certidão em papel, uma vez que a entrega do código de acesso à certidão permanente a qualquer entidade pública ou privada dispensa a apresentação de uma certidão em papel (cf. art. 75.º, n.º 5, do Código do Registo Comercial). Permite-se, por outro lado, que por meio do portal respetivo qualquer pessoa possa requerer o código de acesso à certidão de qualquer sociedade, o que lhe é disponibilizado num prazo de minutos após o pagamento dos emolumentos respetivos. Acresce ainda que, no mesmo sentido da desburocratização e simplificação, cessou a obrigatoriedade de publicação dos registos na IIIª Série do Diário da República, o que foi substituído pela publicação dos mesmos registos em site de acesso público e gratuito (www.publicacoes.mj.pt), o qual já funciona desde 2005, num passo essencial para tornar a vida das empresas mais transparente, uma vez que a informação passou a estar permanentemente acessível a todos que com elas se relacionam⁴.

Era pois inexplicável não incluir as cooperativas em todo este amplo movimento de simplificação administrativa dos processos.

Do que se trata então neste diploma de junho de 2017 é de estender finalmente às cooperativas um regime semelhante ao que já vigorava em Portugal desde 2005 para a constituição de sociedades comerciais e civis, denominado “Empresa na Hora”⁵, bem como para as associações por meio do regime da “Associação na Hora”⁶.

Neste contexto e respondendo a um justo anseio do sector cooperativo, foi em 2017 criado um regime semelhante, usando a experiência e alguns recursos aplicados na “Empresa na Hora”.

O regime instituído da “Cooperativa na Hora” não é aplicável à constituição de todos os tipos de cooperativas, não obstante fiquem abrangidas a maior parte, pois podem ser constituídas por esta via, por exemplo, cooperativas agrícolas, de

⁴ A estas alterações pode ainda juntar-se o funcionamento de balcões de atendimento único “Marca na Hora”, “Casa Pronta”, “Sucursal na Hora”, “Heranças e Divórcio com Partilha” e o balcão do “Documento Único Automóvel”.

⁵ Na verdade, o DL n.º 111/2005, de 8 de julho institui “um regime especial de constituição imediata de sociedades comerciais e civis sob forma comercial do tipo por quotas e anónima, com ou sem a simultânea aquisição, pelas sociedades, de marca registada”, como consta do art. 1.º do referido diploma. É a chamada criação da “Empresa na Hora”, como o preambulo lhe chama. Importa, porém, precisar que não se trata da constituição “empresas” mas de alguns tipos de “sociedades civis e comerciais”. E que não é imediata, nem na hora, mas de um procedimento que se deve iniciar e concluir no mesmo dia, em atendimento presencial único (cf. art. 5.º do mesmo diploma). Cf. Alexandre Soveral Martins, *Empresas na Hora, Temas Societários*, IDET, Coimbra, Almedina, 2006, p. 81 e ss.

⁶ A Lei n.º 40/2007, de 24 de agosto criou o regime especial de constituição imediata de associações com personalidade jurídica, com ou sem a simultânea aquisição, pelas associações, de marca registada, que funciona nas Conservatórias do Registo Comercial, em todos os distritos.

habitação e construção, de serviços, de consumidores, de comercialização, de produção operária, de artesanato, de pescas, de cultura, de ensino, de solidariedade social.

Mas, de facto, de acordo com o art. 2.º do diploma, este regime não abrange as cooperativas de crédito, as cooperativas de ensino superior, as cooperativas de seguros, as cooperativas de grau superior, bem como as cooperativas de interesse público. Também não é aplicável à constituição da Sociedade cooperativa Europeia⁷. Por outro lado, fica vedado o acesso a este processo especial, seja qual for o tipo de cooperativa, caso os cooperantes pretendam realizar as suas entradas em espécie⁸, ou se trate de cooperativas que integrem membros investidores.

Assim, para constituir uma cooperativa na hora torna-se apenas necessário agendar, num dos postos de atendimento criados, o dia e hora para se proceder à constituição da cooperativa, ato no qual terão que estar presentes todos os cooperantes fundadores. Neste momento, no território nacional, há apenas cinco postos de atendimento “Cooperativa na Hora”: em Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, do Porto, de Coimbra e de Évora, e ainda junto do Registo Nacional de Pessoa Coletivas, também em Lisboa.

A opção pela constituição de uma cooperativa na hora pressupõe que os cooperantes optem por ato constitutivo de acordo com as minutas aprovadas pelo Instituto dos Registos e do Notariado e escolham uma denominação constituída por expressão de fantasia previamente criada e reservada a favor do Estado.

Para esse efeito, o Instituto dos Registos e do Notariado disponibiliza quatro modelos de ato constitutivo: um aplicável a qualquer tipo de cooperativa, outro destinado às cooperativas de habitação e construção, outro para cooperativas de serviços e um último aplicável às cooperativas agrícolas. E cada um destes modelos tem duas variantes: um para as cooperativas com órgãos singulares (com um administrador e fiscal único) e outro para a opção por órgãos colegiais (conselho de administração e conselho fiscal)⁹.

Quanto à denominação da cooperativa, a fim de agilizar e facilitar esta fase necessária do processo que é a adopção e aprovação pelo Registo Nacional de

⁷ Também o processo de constituição da “Empresa na Hora” não permite a constituição da “sociedade anónima europeia”.

⁸ Esta limitação não é compreensível pois a “Empresa na Hora” já admite a constituição de sociedades com a realização de entradas em espécie, nos postos de atendimento que estão sinalizados com a menção “Com Procedimento de constituição com Entradas em Espécie”.

⁹ Não é pois possível, no âmbito deste processo simplificado de constituição de cooperativas, optar por outro modelo de governação que não seja constituído por conselho de administração e conselho fiscal, não obstante o disposto no art. 28.º do Código Cooperativo preveja duas outras modalidades de administração e fiscalização: conselho de administração com comissão de auditoria e revisor oficial de contas; conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas.

Pessoas Coletivas de uma denominação, à semelhança do que fora já adoptado para a “Empresa na Hora”, foi criada uma bolsa de denominações, previamente aprovadas e reservadas a favor do Estado, que fica à disposição dos cooperantes¹⁰. Escolhida uma dessas denominações faltará apenas acrescentar-lhe a expressão “cooperativa de responsabilidade limitada” ou a abreviatura “CRL”. É também possível acrescentar, entre a expressão de fantasia e o aditamento necessário, uma expressão alusiva ao objeto da cooperativa, como expressamente se prevê no art. 10.º do DL n.º 54/2017.

A este propósito importa sublinhar que é também possível adotar uma denominação com marca associada. Isto é, uma denominação de fantasia que simultaneamente está previamente aprovada como marca (aplicável a qualquer tipo de produto ou serviço), de forma a que a cooperativa fique com uma denominação e marca iguais. Tratar-se-á, naturalmente, de uma marca nominativa, com registo no Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Não está, contudo, vedada a possibilidade de os cooperantes escolherem uma denominação diferente, não constante da bolsa de denominações de fantasia criada para este efeito. Mas nesse caso é necessário que tenham já obtido previamente um certificado de admissibilidade de firma, ou então que consigam a aprovação da denominação pretendida no posto de atendimento, o que só poderá ocorrer se optarem pelo posto de atendimento que funciona no próprio Registo Nacional de Pessoas Coletivas, em Lisboa.

Este regime simplificado da “Cooperativa na Hora” não dispensa a necessária deslocação ao serviço de Finanças para a declaração de início de atividade, sendo os interessados advertidos “de que devem proceder à entrega da declaração de início de atividade para efeitos fiscais, no serviço competente, no prazo legalmente fixado para o efeito”, como determina o art. 7.º do diploma. Os cooperantes ficam todavia dispensados da comunicação à Cooperativa António Sérgio para a Economia Social, pois o balcão único procede por via electrónica a essa mesma formalidade.

Importa ainda destacar que o diploma que temos vindo a analisar procede a uma alteração do “Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado”, tendo fixado em € 360,00 o custo “pela prática dos atos compreendidos no regime especial de constituição imediata de cooperativas”¹¹.

¹⁰ Refira-se que o art. 16.º do DL n.º 54/2017 permite que a bolsa de firmas criadas pelo RNPC e reservadas a favor do Estado para a “Empresa na Hora” possa ser utilizada para a afetação de denominações de cooperativas.

¹¹ Cf. ponto 3.3 do art. 27.º do Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado, aprovado pelo DL n.º 322-A/2001, de 14 de dezembro. O valor é idêntico ao custo da constituição de uma sociedade comercial através da “Empresa na Hora” ou online.

Como se refere no preâmbulo do DL n.º 54/2017, a «Cooperativa na Hora» permite ainda o acesso a outros serviços úteis, nomeadamente a criação automática de um registo de domínio na Internet a partir da denominação da Cooperativa, bem como endereço de correio electrónico. Estes serviços são oferecidos nos primeiros meses, entrando depois no regime normal. A vantagem a permitir o acesso imediato a essas ferramentas da sociedade da informação.

Uma nota final se impõe, em jeito de conclusão, para dizer que todo este regime agora instituído acaba por replicar (e não totalmente, pelo menos neste momento) o regime com mais de 10 anos da “Empresa na Hora”.

Assim sendo, não deixamos de nos questionar se não teria sido mais simples (e muito mais célere) incluir as cooperativas no regime da empresa na hora. Tanto mais que aquele regime, até pela designação adoptada (que não tem nem a palavras “sociedade”, nem “comercial”, mas se refere à constituição de empresas, sabendo-se que a cooperativa é também susceptível de servir de suporte à estrutura de uma empresa), permitiria sem grande dificuldade abranger também as cooperativas (até porque já inclui as sociedades civis sob forma comercial).

Por último refira-se que, prosseguindo este caminho de simplificação de agilização do processo de constituição de cooperativas, deveria num futuro próximo ser criado para este sector social um regime semelhante ao da “Empresa Online”¹².

Este regime já permite desde 2006 a constituição de sociedades sem qualquer deslocação a serviços públicos, num processo totalmente realizado por meios digitais. De facto, trata-se de um outro regime especial de constituição de sociedades comerciais e civis sob forma comercial do tipo por quotas e anónima, com ou sem a simultânea aquisição, pelas sociedades, de marca registada, com a particularidade de todo o processo ser desenvolvido online, através de sítio na Internet (o já referido sítio na Internet do Ministério da Justiça “<https://bde.portaldocidadao.pt>”).

Requer-se, para tanto, que a indicação dos dados e a entrega de documentos no sítio na Internet sejam efectuadas mediante autenticação electrónica ou aposição de uma assinatura electrónica, através do Sistema de Certificação Electrónica do Estado - Infraestrutura de Chaves Públicas.

¹² Regime introduzido pelo DL n.º 125/2006, de 29 de junho.

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 411-423
ISSN: 1130-2682

CRÓNICAS DA INICIATIVA PORTUGAL INOVAÇÃO
SOCIAL. APROFUNDAMENTO CRÍTICO DO DEBATE
A PROPÓSITO DO FUNDO DE INOVAÇÃO SOCIAL

*CHRONICLES OF THE PORTUGAL SOCIAL INNOVATION
INITIATIVE. CRITICAL DEEPENING OF THE
DEBATE ON THE SOCIAL INNOVATION FUND*

CARLOTA QUINTÃO* Y ANA LUISA MARTINHO**

* Carlota Quintão, Licenciada Sociologia e Pós-Graduada em Políticas locais e descentralização: as novas áreas do social. Associação A3S & ISUP, carlotaquintao@gmail.com

** Ana Luisa Martinho, Mestre em Sociologia com título de Especialista em Recursos Humanos. Porto/CEOS.PP/ISCAP & Associação A3S, anamartinho@iscap.ipp.pt

RESUMO

Esta crónica surge com a publicação do Decreto-Lei n.º 28/2018 de 3 maio que cria o Fundo de Inovação Social, constituindo uma oportunidade de aprofundar o debate sobre a Iniciativa Portugal Inovação Social que o enquadra. O Fundo recentemente criado é a última de quatro medidas que compõem a Iniciativa, sendo o seu instrumento financeiro por excelência, a par dos restantes, focados na dinamização dos diversos atores do mercado de investimento social que se aspira criar em Portugal. A análise segue uma abordagem crítica desta Iniciativa enquanto política pública, apresentando outros caminhos de elevado potencial de transformação social e alternativos à financiarização das políticas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Inovação Social, Empreendedorismo Social, políticas sociais, financiarização das políticas públicas.

SUMÁRIO: 1. QUESTIONAMENTOS EM TORNO DO PARADIGMA DO EMPREENDEDORISMO E INOVAÇÃO SOCIAL. 2. A EMERGÊNCIA DO PARADIGMA DA INOVAÇÃO SOCIAL E A SUA AFIRMAÇÃO COMO PRIORIDADE DE POLÍTICA PÚBLICA. 3. A CONFIGURAÇÃO DA INOVAÇÃO SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA EM PORTUGAL. 4. O DECRETO-LEI N.º 28/2018 DE 3 DE MAIO – AUTONOMIZAÇÃO DO FUNDO DE INOVAÇÃO SOCIAL. 5. PARA LÁ DO INVESTIMENTO SOCIAL: NOVOS CAMINHOS DE INOVAÇÃO E SUSTENTAÇÃO DA ECONOMIA SOCIAL E SOLIDÁRIA. 6. BIBLIOGRAFIA. 7. LEGISLAÇÃO.

1 QUESTIONAMENTOS EM TORNO DO PARADIGMA DO EMPREENDEDORISMO E INOVAÇÃO SOCIAL

Esta crónica retoma um debate em torno do percurso da Iniciativa Portugal Inovação Social³, criada em dezembro de 2014 com o “*objetivo de desenvolver e dinamizar o mercado de investimento social*”, e incide na análise do Fundo de Inovação Social (FIS) criado pelo Decreto-Lei n.º 28/2018 de 3 de maio. O FIS é o último de um conjunto de quatro instrumentos a ser criado no âmbito desta Iniciativa, a qual foi já foco de atenção em crónicas anteriores desta revista⁴. Nesta crónica, a crescente atenção que têm sido dada ao Empreendedorismo e Inovação Social, serve de ponto de partida para o aprofundamento da análise crítica deste novo paradigma. Nos dois pontos seguintes é revisitada a configuração geral na Iniciativa e analisado em detalhe o Decreto Lei que cria o FIS. For fim retomam-se questões de equidade, relevância e oportunidade da Iniciativa e apela-se a um debate público que reconheça outros paradigmas, experiências e instrumentos normativos já existentes, e que comportam soluções inovadoras e transformadoras.

2 A EMERGÊNCIA DO PARADIGMA DA INOVAÇÃO SOCIAL E A SUA AFIRMAÇÃO COMO PRIORIDADE DE POLÍTICA PÚBLICA

O paradigma do empreendedorismo e da inovação social encontra a sua génese na década de 1980 nas áreas disciplinares da economia e gestão, preponderante-

³ Resolução do Conselho de Ministros, n.º73A_2014.

⁴ Uma em PARENTE, C., MARCOS, V., QUINTÃO, C., “Portugal Inovação Social. Anotação à resolução de ministros n.º 73-A/2014, de 16 de Dezembro de 2014”, CES, n.º 37, 2014-2015, pág. 397-405 e a outra em ALMEIDA, F., SANTOS, F., “Portugal Inovação Social: na encruzilhada dos tempos”, CES, n.º37, 2016-2017, pág. 443-462.

mente nos EUA e Reino Unido⁵. Na Europa, a par de uma progressiva penetração da influência das escolas de pensamento anglófonas, progredia igualmente a investigação e fundamentação de um corpo teórico e empírico em torno das novas formas da economia social ou solidária⁶ e das empresas sociais⁷, assentes em abordagens multidisciplinares das ciências sociais, políticas e económicas⁸. A emergência dos conceitos de empreendedorismo e inovação social em Portugal, ainda tímida, data de meados da década de 2010, primeiramente no domínio académico, sendo amplamente desconhecida ao nível das OES no terreno⁹.

Ancorado no paradigma de desenvolvimento sustentável, o empreendedorismo social é um modelo, em primeira instância, promotor de transformações dos padrões organizacionais e sociais e que, em segunda instância, ambiciona melhorar padrões económicos, com base numa premissa de equilíbrio entre ambos¹⁰. Trata-se de um termo que encontra as suas origens no conceito clássico do Empreendedorismo e que se tem debruçado sobre o papel do empreendedor social enquanto indivíduo agente de mudança social. O empreendedorismo social acumula às características do empreendedorismo clássico - inovação, procura de novas oportunidades e criação de valor económico – as características de criação de valor social.

O conceito de inovação social surge associado aos desafios decorrentes da reestruturação económica e social do final do século XX¹¹. Enquanto processo, a inovação introduz estratégias distintas daquelas que até então se desenvolveram, e que potenciam a transformação de resposta às situações de vulnerabilidade so-

⁵ Quintão, C., Parente, C., “As escolas de Pensamento sobre o empreendedorismo social”, Revista ACEESA, nº8, 2015, pág. 50-81.

⁶ Laville, J.L. (dir.), *L'économie solidaire - une perspective internationale*, Éditions Desclée de Brouwer, Paris, [1994], 2000 e Defourny, J., Borzaga, C. (Eds.), *The Emergence of Social Enterprise*, London: Routledge, 2001.

⁷ Estivill, J., Bernier, A., Valadou, CH., *Las Empresas Sociales en Europa*, Comisión Europea DG V, Hacer Editorial, Barcelona, 1997.

⁸ Ver EMES Research Network For Social Enterprise, disponível em <https://emes.net/> e consultado em 21.09.2018.

⁹ Constituída em 2006, a atualmente designada Associação A3S, então Associação para o Empreendedorismo Social e a Sustentabilidade do Terceiro Setor, acompanhou ativamente a chegada e os debates científicos (PARENTE, C. coord., *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, Porto, 2014), políticos e públicos, participando também no domínio da intervenção através das atividades de consultoria, formação e avaliação para a qualificação das organizações e das pessoas da economia social.

¹⁰ BORNSTEIN, D., *Como mudar o mundo: os empreendedores sociais e o poder de novas ideias*, Alfragide: Estrela Polar Editora, 2007.

¹¹ PARENTE, C., MARCOS, V., DIOGO, V., “Sobre inovação e empreendedorismo social”, *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, Porto, 2014, pág. 242-259.

cial¹². A inovação social rompe com pressupostos assistencialistas de intervenção social e prospetiva resultados e impactes sociais a médio e a curto prazo ¹³.

Enquanto abordagem de rutura com os paradigmas vigentes e propulsora de visões de transformação social num sentido de maior Bem-Estar e de valor social, ambiental e económico, esta abordagem constitui um contributo para o debate teórico ideológico dos desafios societários atuais. A sua transposição para o contexto nacional merece, no entanto, uma reflexão crítica.

A abordagem ao empreendedorismo e inovação social perfilhada nesta crónica é uma abordagem eclética¹⁴, na qual esta abordagem se enquadra como uma escola de pensamento entre outras, tal como a das empresas sociais na U.E. ou da economia solidária do Sul da Europa e América Latina. Em conjunto estas abordagens mais vanguardistas apresentam maior potencial de leitura heurística das realidades empíricas nacionais e locais, raramente enquadradas em ideais puros, e maior potencial de resposta aos desafios do desenvolvimento de alternativas mais participativas, inclusivas e sustentáveis.

A Estratégia Europa 2020 coloca a inovação social como um eixo estruturante para alcançar o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. No quadro das políticas europeias é entendida como “*novas ideias (produtos, serviços ou modelos de intervenção) que respondam simultaneamente às necessidades sociais (de forma mais eficaz do que as alternativas) e a criar novas relações sociais ou colaborações*”¹⁵. Segundo esta perspectiva, um projeto socialmente inovador implica um desenho segundo lógicas e linguagens muito próprias, que vão desde a interpretação do problema até às características do desenho de projeto¹⁶ e à condição incontornável de uma avaliação de resultados e impactes através de métricas quantificáveis.

¹² Nilsson, W. O., *Social Innovation, An Exploration of the literature*, Quebec, McGill University, 2003.

¹³ PARENTE, C. (coord.), *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, Porto, 2014.

¹⁴ O Projeto *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (PTDC/CS-SOC/100186/2008), foi liderado pelo ISFLUP - Instituto de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, e desenvolvido em parceria com a Associação A3S e o Dinâmia/CET do Instituto Universitário de Lisboa.

¹⁵ Ver European Commission (2013), *Guide to Social Innovation*, pág. 9, disponível em http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/presenta/social_innovation/social_innovation_2013.pdf e consultado a 21.09.2018.

¹⁶ “Segundo esta perspectiva, um projeto socialmente inovador implica um desenho segundo os passos representados na figura 1: a geração de uma ideia criativa e sustentável, a sua experimentação piloto (protótipo/laboratório), a sua replicabilidade e a sua escalabilidade” MARTINHO, A. L., QUINTÃO, C., “A importância do empreendedorismo e inovação social”, *Qualificação e Sustentabilidade nas Organizações de Economia Social, REDEITEIA*, nº 47, 2014, pág.112.

Em Portugal é notória a visibilidade crescente da inovação social, tanto no plano académico e político, como no da comunicação social e no dia a dia das OES, designadamente pelas condicionantes de acesso aos novos mecanismos de financiamento dos fundos estruturais e, cada vez mais, dos mecanismos de financiamento privados, com significativas transformações nas perspetivas sobre a filantropia.

3 A CONFIGURAÇÃO DA INOVAÇÃO SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA EM PORTUGAL

A Iniciativa Portugal Inovação Social (2014-2020), criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 73^a de 16 de dezembro de 2014, assume por “*objetivo desenvolver e dinamizar o mercado de investimento social para apoio a iniciativas de inovação e empreendedorismo social em Portugal*” (IIES). Na legislação nacional, as IIES são entendidas como “*Projetos que preconizam respostas inovadoras que se distinguem das respostas tradicionais na resolução de problemas sociais pelo seu potencial de impacto e sustentabilidade*”¹⁷.

O investimento social é entendido como pressupondo “*a aplicação de capital em projetos, organizações ou fundos para o desenvolvimento de IIES, com o objetivo de obter um retorno/reembolso do capital e um retorno de valor para a sociedade*”¹⁸. Este conceito traz uma nova lógica para o campo da ação social, diferente da subsidiação, da filantropia ou caridade, donativos, mecenato ou patrocínios. “*O investimento social comporta um espectro amplo de modelos de financiamento, desde a filantropia de impacto em que o retorno é medido apenas em termos do impacto social gerado, aos fundos de empreendedorismo social em que prevalece a expectativa de obtenção de retorno financeiro associado ao impacto social*”¹⁹. Trata-se de uma adaptação dos convencionais instrumentos dos mercados financeiros concorrenciais à intervenção social: empréstimos, créditos, fundos de investimento, entre outros. Trata-se, portanto, de uma lógica de retorno do investimento financeiro realizado pelo investidor (público ou privado) garantindo resultados sociais e frequentemente também de retorno sobre os montantes financeiros investidos.

¹⁷ Portaria n.º 97-A/2015 de 30 de março (artigo 2) - Regulamento que estabelece as regras aplicáveis ao cofinanciamento, pelo Fundo Social Europeu (FSE) e pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), das operações no domínio da inclusão social e emprego, no período de programação 2014-2020.

¹⁸ Ver Portugal Inovação Social – Síntese Investimento Social, disponível em: <http://inovacao-social.portugal2020.pt/wp-content/uploads/2016/03/Portugal-Inova%C3%A7%C3%A3o-Social-S%C3%ADntese-27Jan.pdf>, consultado a 17 setembro 2018.

¹⁹ Idem.

No plano político podemos afirmar que esta iniciativa é ela própria uma inovação, no sentido que se propõe experimentar uma nova política pública. Efetivamente, esta é uma experiência pioneira a nível europeu, sendo Portugal o primeiro Estado Membro a desenhar e implementar uma política pública a partir dos Fundos Estruturais Europeus²⁰. Neste sentido a iniciativa é um estudo de caso claro de uma IIES do Estado português, oportunidade de analisar de forma privilegiada a transposição de um paradigma de pensamento teórico numa prática de política pública no campo das políticas sociais.

Para responder aos objetivos específicos de promover o empreendedorismo e a inovação social em Portugal, de capacitar os atores deste sistema melhorando os níveis de resposta e sustentabilidade económica e financeira das OES, e de dinamizar o mercado de investimento social, esta iniciativa propôs-se criar quatro medidas ou instrumentos de financiamento, a saber: Capacitação para o Investimento Social, Parcerias para o Impacte Social, Títulos de Impacte social e o FIS²¹. As três primeiras encontram-se já em execução e o FIS, objeto de análise mais detalhada na presente crónica, foi criado em maio de 2018, sendo a última das medidas previstas criar.

Antes de passar à análise mais detalhada deste FIS, importa relembrar resumidamente cada uma das medidas para compreender a configuração global da Iniciativa Portugal Inovação Social, enquanto proposta de uma visão para a inovação social no quadro da política pública.

O instrumento da Capacitação para o Investimento Social dirige-se às OES com projetos e serviços, particularmente em fases embrionárias, que se configurem como IIES. Trata-se de uma medida de apoio à busca de serviços de consultoria para a capacitação institucional ao nível da gestão estratégica e operacional e da avaliação de resultados e impactes sociais, que permita tornar as organizações credíveis aos olhos dos investidores sociais. Embora não obrigue ao investimento efetivo por parte de um investidor social, em sede de candidatura esta medida obriga a uma manifestação de apoio por parte de um futuro potencial investidor.

As Parcerias para o Impacte Social dirigem-se a IIES com maior grau de maturação e teste, quer as desenvolvidas no contexto nacional, quer as desenvolvidas em contexto internacional, e que estejam numa fase passível de replicação e crescimento em escala de intervenção de forma a gerar impactes sociais substantivos tendentes à transformação social. Ou, dito de outra forma, à resolução de problemas sociais. Trata-se de agregar parcerias multisetoriais capazes de produzir impacte social quantitativamente mensurável. É uma medida que obriga ao apoio

²⁰ Almeida, F., Santos, F., “Portugal Inovação Social: na encruzilhada dos tempos”, CES, n.º 37, 2016-2017, pág. 443-462.

²¹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014.

efetivo de um ou mais investidores sociais em pelo menos 30% do valor global do investimento.

Os Títulos de Impacte Social é uma medida destinada a testar novas soluções de prestação de serviços públicos através de IIES (por natureza privadas), procurando alternativas mais eficientes, eficazes e geradoras de impacte quando comparadas com os serviços existentes, ou seja, as soluções de política pública que têm sido privilegiadas pelo Estado português. Alternativas fornecidas por modelos de organização entre organismos intermediários, responsáveis por um lado, por identificar e mobilizar investidores sociais, e por outro, IIES com potencial de resposta a estes desafios. Esta tríade propõe-se prestar um determinado serviço público, através de um modelo inovador, e o estado fará o retorno do investimento se os resultados sociais contratualizados forem alcançados. Ou seja, trata-se de uma medida cuja maior inovação é testar ela própria um novo modelo de financiamento de políticas públicas.

O FIS é o último dos instrumentos previstos a ser objeto de concretização com o Decreto-Lei n.º 28/2018, assumindo uma natureza financeira distinta dos anteriores. Se as anteriores medidas se focam sobretudo na capacitação e mobilização de atores e na estruturação do chamado mercado de investimento social (prestadores de serviços sociais, investidores sociais, organismos intermediários, serviços de consultoria financeira e de apoio técnico), o FIS é um instrumento que visa responder à estruturação dos produtos e serviços do sistema financeiro propriamente dito. O FIS é a estrutura de base e a centralidade que organiza e gere os fluxos financeiros deste novo mercado.

4 O DECRETO-LEI N.º 28/2018 DE 3 DE MAIO – AUTONOMIZAÇÃO DO FUNDO DE INOVAÇÃO SOCIAL

De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 28/2018, de 3 de maio, a pertinência da criação do FIS fundamenta-se em diversos argumentos. O primeiro destes argumentos é a afirmação da relevância da medida dado o seu enquadramento na estratégia mais ampla da Iniciativa Portugal Inovação Social, na estratégia europeia: “*Os fundos europeus constituem, neste âmbito, um instrumento fundamental de investimento público necessário ao desenvolvimento de soluções e modelos de intervenção inovadores, capazes de responder adequadamente a problemas sociais existentes em diversas áreas da política pública*”.

Um segundo argumento é o de que as medidas anteriormente implementadas foram adequadas, respondendo a necessidades de financiamento do setor e demonstrando maturidade das IIES em curso no contexto nacional.

Um terceiro argumento é o de que há uma falha de mercado, ao nível dos serviços financeiros e bancários adequados às necessidades específicas das IIES e dos seus investidores. “*A situação mais inequívoca é proporcionada pela mobilização*

de instrumentos financeiros na área da inovação social, para a qual o sistema bancário não está preparado para conceder financiamento tradicional, enquanto os fundos de capital de risco não despertaram ainda para o potencial do setor. Esta falha de mercado existe não só para os destinatários mais tradicionais das entidades da economia social, mas também para os empreendedores sociais promotores de projetos mais inovadores”.

É perante este contexto que se justifica a criação de um instrumento financeiro específico para suportar as necessidades dos atores deste mesmo mercado: “*Justifica -se, por isso, a constituição do FIS como um fundo autónomo, tendo por objeto a realização de operações de financiamento e de coinvestimento de capital e quase capital em sociedades sob a forma comercial que se qualifiquem como Pequenas e Médias Empresas (PME) e entidades da economia social implementadoras de IIES, que, por apresentarem condições de sustentabilidade financeira, permitam o posterior reembolso dos investimentos”.*

São beneficiários finais do FIS as sociedades sob a forma comercial que se qualifiquem como PME e entidades da economia social previstas de acordo com a Lei de Bases da Economia Social (artigo 4.º da Lei n.º 30/2013, de 8 de maio).

O capital inicial do fundo é fixado em € 55.000 000, podendo ser objeto de reforço ou redução de acordo com os seus resultados e um conjunto de critérios de acompanhamento da sua evolução. O capital inicial é composto em 85% com contribuições da União Europeia e 15% do Estado Português. O Decreto Lei determina ainda que os resultados líquidos apurados pelo FIS são totalmente reinvestidos na sua atividade.

O FIS propõe-se intervir em dois domínios distintos: o acesso ao financiamento e os instrumentos de capital. Ao nível do acesso ao financiamento, diferentemente de criar novos serviços de crédito, propõe-se criar mecanismos, produtos ou serviços que facilitem o acesso das IIES (comprovadamente sustentáveis) ao mercado regular de crédito, embora com condições ajustadas às suas necessidades. Instrumentos financeiros tais como prestação de garantias ou contragarantias públicas, mecanismos de cofinanciamento de linhas de crédito específicas de instituições de crédito e de sociedades financeiras autorizadas a conceder crédito e a constituição de linhas de crédito especiais com mecanismos de garantia e bonificação parcial ou total de juros, comissões de garantias ou outros encargos associados aos empréstimos e outras formas de financiamento.

Ao nível dos instrumentos de capital, os objetivos do fundo são os de “*fomentar a constituição ou capitalização de sociedades sob a forma comercial que se qualifiquem como PME, implementadoras de IIES, através de instrumentos de capital ou quase capital em regime de coinvestimento”.* Ou seja, trata-se de aumentar ou consolidar o capital financeiro de OES ou PME que promovam IIES, sob a forma de coinvestimento. As operações a financiar neste caso, obrigam a

um coinvestimento pelos operadores (as IIES) e a um outro co investidor, o qual deverá cobrir num montante de no mínimo 30% do total a investir. “*o FIS e o co investidor não podem vir a deter, em conjunto, na sequência da operação de investimento de capital e quase capital, metade ou mais de metade do capital ou dos direitos de voto da sociedade comercial*”.

Ao nível de organização e funcionamento, o FIS é composto por um conselho geral, um comité de investimento e uma entidade gestora.

5 PARA LÁ DO INVESTIMENTO SOCIAL: NOVOS CAMINHOS DE INOVAÇÃO E SUSTENTAÇÃO DA ECONOMIA SOCIAL E SOLIDÁRIA

Reconhecer a diversidade e pluralidade histórica, ideológica e empírica do campo da economia social, é condição para compreender a natureza e riqueza deste setor. O paradigma da inovação social, enquanto escola de pensamento teórico²² é, no entanto, apenas uma das expressões mais vanguardistas da contemporaneidade, a par da escola da economia solidária e de outras economias em geral, bem como da escola de pensamento europeia das empresas sociais.

Transposto para a política pública, designadamente sob a forma da Iniciativa Portugal Inovação Social, esta proposta levanta diversas questões de oportunidade, equidade e, em última instância, da sua relevância enquanto política pública.

Uma primeira questão refere-se ao montante destinado ao FIS e à sua distribuição. No contexto de agudização da crise financeira em que a iniciativa foi desenhada e começou a ser implementada²³, caracterizada pela elevada escassez de recursos, foram alocados 150.000. 000€ a um programa que visa reforçar as tendências de financiarização das políticas públicas²⁴, ao propor-se desenvolver um mercado de investimento social. Ou seja, uma proposta que implica nomeadamente desafios como: introduzir mecanismos de financiamento complexos, organizados por lógicas, linguagens, metodologias e métricas próprias, bem como, largamente ausentes da cultura e das práticas da maior parte das OES em Portugal; introduzir mecanismos de circulação e gestão de fundos públicos e privados que passam em larga medida por bancos e instituições financeiras, bem como por organismos intermediários que dominam a expertise do novo paradigma da inovação social. Efetivamente, a dotação inicial prevista para o FIS era a de fazer

²² PARENTE, C., QUINTÃO, C., Uma abordagem eclética ao empreendedorismo social, *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, Porto, 2014, pág-11-74.

²³ O período da crise financeira e das políticas de austeridade dos programas de estabilidade financeira impostos pela ajuda externa da Troika (Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e Comissão Europeia).

²⁴ CHIAPELLO, È., « La financiarisation des politiques publiques », *Mondes en développement* 2017/2 (n° 178), DOI 10.3917/med.178.0023, pág. 23-40.

chegar 60% dos seus fundos²⁵ a sociedade comerciais e bancos para organizarem os seus serviços ou seu mercado de investimento social.

Em síntese, uma resposta de política pública que, em contexto de crise financeira, dedica uma parcela maioritária da dotação financeira à construção de uma visão onde as respostas sociais passam menos pela ação direta do Estado e mais pela criação de um subsistema financeiro próprio da inovação social e que podemos classificar de transformador. Transformador sobretudo, ao propor que este subsistema seja um novo agente da leitura, desenho e implementação das políticas públicas e das políticas sociais em particular.

Outras questões prendem-se mais diretamente com princípios de equidade a dois níveis. Por um lado, no terreno, a progressiva implementação da Iniciativa Portugal Inovação Social não deixou grandes dúvidas relativamente à tendência de integração preponderante, senão exclusiva, das OES mais estáveis, com um estatuto e rede institucional forte e patrimonialmente mais dotadas. Por outro lado, a um nível mais macro, a afirmação desta política representou, juntamente com outras políticas assistencialistas de resposta imediatista à crise, um retrocesso nas estratégias nacional e europeia na luta contra a pobreza e exclusão social. Uma visão forjada ao longo de décadas²⁶ que reconhece o carácter estrutural (e não individual ou casuístico) destes fenómenos e que por isso compreende a urgência de convocar TODOS os atores sociais a PARTICIPAR na construção de respostas multidimensionais, integradas e sistémicas. *Qual é o papel da Iniciativa no quadro global de luta contra a pobreza e exclusão social? Como é que este papel tem em conta, ou não, os contributos das políticas e o património da experiência neste domínio? Que financiamento podem obter as iniciativas que, assumindo características distintas do modelo e dos códigos preconizados por esta perspetiva da inovação social, continuam a dar respostas e a inovar quotidianamente?*

Este caminho de financiarização das políticas públicas e das políticas sociais em particular parece-nos tanto mais questionável quanto outras soluções associadas ao desenvolvimento projetos e serviços sociais e ao reforço da sustentabilidade das OES, já existem e estão em grande medida ausentes das agendas políticas e governamentais. Diversos exemplos poderão ser dados, tais como o movimento das finanças éticas e solidárias, sistemas que assentam na base do controlo democrático, da confiança e de relações de proximidade, rede e transparência entre agentes produtivos, consumidores, aforradores e financiadores; diversas experiências no âmbito da economia solidária da Catalunha, de que são exemplos a criação de mercados sociais integrando atores comprometidos para com os valores da

²⁵ De acordo com a Portugal-Inovação-Social-Síntese-Investimento-Social-publicado-julho2016, €15M euros para a Capacitação para o Investimento Social, €15M euros para as Parcerias para o Impacto, €25M euros para os Títulos de Impacto Social e €95M euros Fundo para a Inovação Social.

²⁶ ESTIVILL, J., AIRES, S., *De Lisboa 2000 a Lisboa 2007. Regresso ao futuro*, EAPN, 2007.

economia social e solidária ao longo de toda a cadeia de produção e consumo ou o desenvolvimento de políticas públicas regionais e municipais de desenvolvimento deste setor nos últimos anos²⁷.

Não sendo esta crónica o espaço para a exploração destes outros caminhos relevantes para a transformação social e para o papel das políticas públicas nesta transformação, é ainda o espaço para um exemplo distinto e que merece lugar no debate nacional para a sustentabilidade das OES: o debate da transposição da Diretiva Europeia sobre a Reserva de Mercados para propostas de valor social acrescido em concursos públicos. A Diretiva 2014/24/UE dos Parlamento e Conselho Europeu de 26 de fevereiro de 2014 propõe que os Estados Membros criem condições para que nos concursos públicos sejam estabelecidas reservas ou cotas destinadas a concorrentes que pelo seu perfil e proposta de valor social acrescentado beneficiam de critérios específicos e ou favoráveis²⁸. Este é claramente um caminho de política pública de incentivo direto às OES e à economia produtiva e tangível e que não implica um circuito financeiro complexo do dinheiro público e necessariamente cada vez mais distante e menos transparente para os seus beneficiários finais.

6 BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, F., SANTOS, F., “Portugal Inovação Social: na encruzilhada dos tempos”, CES, nº 37, 2016-2017, pág. 443-462.
- BORNSTEIN, D., *Como mudar o mundo: os empreendedores sociais e o poder de novas ideias*, Alfragide: Estrela Polar Editora, 2007.
- CHIAPELLO, È., « La financiarisation des politiques publiques », *Mondes en développement* 2017/2 (nº 178), DOI 10.3917/med.178.0023, pág. 23-40.
- EMES Research Network For Social Enterprise, disponível em <https://emes.net/> e consultado em 21.09.2018.
- ESTIVILL, J., AIRES, S., *De Lisboa 2000 a Lisboa 2007. Regresso ao futuro*, EAPN, 2007.
- ESTIVILL, J., Bernier, A., Valadou, CH., *Las Empresas Sociales en Europa*, Comisión Europea DG V, Hacer Editorial, Barcelona, 1997.
- EUROPEAN COMMISSION (2013), *Guide to Social Innovation*, pág. 9, disponível em http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/presenta/social_innovation/social_innovation_2013pdf e consultado a 21.09.2018.

²⁷ FERNÁNDEZ, A., SURIÑACH, R., *Poder local, economia solidària i enfortiment dels mercats locals*, in *Esmolem les ienes Debats de l'Économia Solidària per la transformació social*, Xarxa d'Économia Solidària, Barcelona, 2017.

²⁸ *Mercados Públicos para o Progresso Social*, Guia da Plataforma Social para a Diretiva Europeia da Contratação Pública, http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2016/03/Public_procurement_for_social_progress-pt.pdf.

- FERNÁNDEZ, A., SURINACH, R., *Poder local, economia solidària i enfortiment dels mercats locals*, in *Esmolem les ienes Debats de l'Économia Solidària per la transformació social, Xarxa d'Économia Solidària*, Barcelona, 2017.
- LAVILLE, J. L. (dir.), *L'économie solidaire - une perspective internationale*, Éditions Desclée de Brouwer, Paris, [1994], 2000 e Defourny, J., Borzaga, C. (Eds.), *The Emergence of Social Enterprise*, London: Routledge, 2001.
- MARTINHO, A. L., QUINTÃO, C., “A importância do empreendedorismo e inovação social”, *Qualificação e Sustentabilidade nas Organizações de Economia Social*, REDEITEIA, nº 47, 2014, pág.112.
- NILSSON, W. O., *Social Innovation, An Exploration of the literature*, Quebec, McGill University, 2003.
- PARENTE, C. (coord.), *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, Porto, 2014.
- PARENTE, C., MARCOS, V., DIOGO, V., “Sobre inovação e empreendedorismo social”, *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, Porto, 2014, pág. 242-259.
- PARENTE, C., MARCOS, V., QUINTÃO, C., “Portugal Inovação Social. Anotação à resolução de ministros n.º 73-A/2014, de 16 de Dezembro de 2014”, CES, nº 37, 2014-2015, pág. 397-405.
- PARENTE, C., QUINTÃO, C., Uma abordagem eclética ao empreendedorismo social, *Empreendedorismo Social em Portugal: as políticas, as organizações e as práticas de educação/formação*, Porto, 2014, pág-11-74.
- PLATAFORMA SOCIAL, Mercados Públicos para o Progresso Social, Guia da Plataforma Social para a Diretiva Europeia da Contratação Pública, disponível em: http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2016/03/Public_procurement_for_social_progress-pt.pdf, consultado a 17 de setembro de 2018.
- Portugal Inovação Social – Síntese Investimento Social, disponível em: <http://inovacaosocial.portugal2020.pt/wp-content/uploads/2016/03/Portugal-Inova%C3%A7%C3%A3o-Social-S%C3%ADntese-27Jan.pdf> e consultado a 17 setembro 2018
- QUINTÃO, C., PARENTE, C., “As escolas de Pensamento sobre o empreendedorismo social”, *Revista ACEESA*, nº8, 2015, pág. 50-81.

7 LEGISLAÇÃO

- European Commission (2013), *Guide to Social Innovation*, disponível em http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/presenta/social_innovation/social_innovation_2013pdf e consultado a 21.09.2018.
- Portaria n.º 97-A/2015 de 30 de março (artigo 2) - Regulamento que estabelece as regras aplicáveis ao cofinanciamento, pelo Fundo Social Europeu (FSE) e pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), das operações no domínio da inclusão social e emprego, no período de programação 2014-2020.
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 73-A/2014.

IV RECENSIONES

